

¿PUEDE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA MODERAR LOS EXCESOS DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL?

IGNACIO DE LEÓN

Dadas las crecientes disparidades de desarrollo tecnológico entre países innovadores y países importadores de tecnología, se plantea la viabilidad del régimen internacional de protección a los derechos de propiedad intelectual (DPI) y particularmente, las patentes.

Bajo este régimen, se concede el monopolio legal a la patente por 20 años, pero en caso de producir conductas monopolísticas, puede ser objeto de limitación, bien por medio de licencias obligatorias, bien por imposición de sanciones bajo las leyes de competencia. Este ensayo pone de relieve las limitaciones de la política de competencia para atenuar estos excesos, dada las limitaciones que ofrece la teoría económica convencional de equilibrio para encontrar un punto óptimo que permita un balance entre los incentivos necesarios para propiciar la actividad de innovación, y el bienestar de la difusión tecnológica en la sociedad (*spillover effects*). Esta crítica se basa en la dificultad teórica de examinar la realidad cambiante de los mercados, limitación ésta particularmente notoria en el análisis de los procesos de innovación. A tal fin, examina la literatura de organización industrial dinámica, y las críticas que surgen a partir de este enfoque sobre la concesión de monopolios legales a través

de los DPI (y sobre la política de competencia). En su lugar, propone una regla legal alternativa basada en la decisión libre de los creadores e innovadores para comercializar sus productos, momento en el cual la tecnología habría de pasar al dominio público, y la total eliminación del régimen de licencias obligatorias y de sanciones por “conductas monopolísticas”.

I. EL PROBLEMA: LA CRECIENTE DIVISIÓN INTERNACIONAL DE LA TECNOLOGÍA

Según un estudio presentado por el economista JEFFREY SACHS (2000), la tendencia a la división de las naciones basada en el nivel de desarrollo tecnológico es cada vez más pronunciada: apenas 15% de la población de la Tierra provee casi todas las innovaciones tecnológicas en el mundo; una segunda parte que comprende quizás la mitad de la población mundial es capaz de adoptar esas tecnologías en la producción y consumo. El resto, que abarca alrededor de un tercio de la población mundial está tecnológicamente aislada, sin capacidad para adoptar tecnologías extranjeras y mucho menos para innovar por su cuenta. Asimismo, el estudio señala que para 1995 había

48 países con más de un millón de personas, y cuando menos la mitad de éstos habitan en áreas tropicales. Con un total de población de 750 millones, estos países apenas obtuvieron 47 de las 51.000 patentes americanas otorgadas a inventores extranjeros en 1997. Otro estudio (TROUILLER, 2002) señala que sólo 16 de las 1393 nuevas medicinas aprobadas entre 1975 y 1999 eran sobre enfermedades tropicales, esto es, enfermedades que aquejan fundamentalmente las regiones más pobres de la Tierra.

Diversos reportes (Comisión del Reino Unido sobre Propiedad Intelectual – CRUPI, 2002; UNCTAD, 2002) han planteado la profunda preocupación por esta situación, que amenaza con erigir barreras infranqueables para los países en desarrollo.

Conforme se ha ido globalizando la economía mundial, y multiplicado el número de intercambios, ha crecido la tensión entre los países esencialmente productores de tecnología y los esencialmente importadores de tecnología. Los primeros sostienen la necesidad de una protección “fuerte” o “dura” de la PI, que proteja al innovador de las imitaciones a sus ideas por terceros, mientras que los segundos, enfatizan la necesidad de que dicho conocimiento sea del dominio público, por lo que proponen una protección “débil”.

El conflicto arrancó hacia la década de los 70, cuando los países importadores de tecnología, en la búsqueda de promover el desarrollo endógeno de tecnologías a partir de la imitación de tecnologías avanzadas, establecieron *regímenes* de control de contratos de licencia asociadas con el uso de patentes a través de leyes de transferencia de tecnología que condicio-

naban su transferencia al cumplimiento de una serie de requisitos de desempeño, dando una protección muy limitada a las patentes y derechos de autor.

Algunos autores (CORREA, citado por MARTÍNEZ MEDRANO, 2002) vieron en ello una clara filiación hacia las normas “antitrust” norteamericanas, pero quizás sea más exacto suponer que dicha política haya sido más bien expresión de los objetivos de desarrollo endógeno, inspiradas en las tesis sobre la dependencia económica y capitalismo periférico (YERGIN y STANILAW, 2002) que en los objetivos perseguidos por una genuina política de competencia. Es preciso recordar que, entre otras, los gobiernos de la región carecían del instrumental necesario para examinar dichas conductas a la luz de la política de competencia, y por ello, la implementación de dichas leyes de transferencia de tecnología muy rara vez fueron realmente utilizadas para doblegar el poder de mercado de las empresas inversionistas extranjeras.

En los años 80, el tratamiento de las patentes y otros derechos de propiedad intelectual (“DPI”) cambió radicalmente, con el advenimiento del nuevo enfoque de políticas de desarrollo “hacia fuera”. Bajo este nuevo enfoque se vio como necesario establecer mecanismos de promoción a las inversiones extranjeras y nuevo capital, entre ellos, la eliminación de restricciones y condicionamientos a la inversión (y tecnología) del exterior. Se daba por sentado, además, que la atracción de inversiones habría de generar una difusión natural (*spillover effects*) de la tecnología hacia otras empresas domésticas.

A la luz de la evidencia económica habida desde entonces (MASKUS y YANG), se sabe que la atracción de inversiones está

vinculada con factores que trascienden la protección “dura” de las patentes, y que el tamaño de los mercados puede ser incluso más decisiva para generar tales inversiones y propiciar la transferencia de tecnología.

Pese a la evidencia, el marco institucional internacional claramente ha evolucionado hacia una protección fuerte de las patentes y otras categorías intelectuales (CRUPI, 2002), especialmente en el *Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio* (ADPIC), si bien algunos autores (MASKUS, 2003) enfatizan la flexibilidad de las reglas actuales para moderar la rigurosidad de la protección.

Pareciera que desde los años 80, los países esencialmente importadores de tecnología perdieron la iniciativa para formular alternativas de crecimiento tecnológico endógeno en este campo, adecuadas a sus necesidades de desarrollo. El juego se complica aun más por la presencia de países con ingresos medianos (China, México, India, Brasil, Sudáfrica, etc.), quienes progresivamente están dejando de ser imitadores de tecnologías para convertirse en innovadores por derecho propio; y por tanto, están progresivamente inclinándose a cambiar su posición negociadora en estos temas (SCANDIZZO, 2001: 3).

La hipótesis de este trabajo es que tal falta de iniciativa se debe fundamentalmente a la visión consensuada que existe sobre las causas que determinan la creatividad empresarial y las maneras de promoverla. En este juego, es claro que las reglas están preestablecidas en contra de cualquier modificación del *status quo* de protección dura de las patentes y derechos de autor, pues los países en desarrollo se han resignado a negociar dentro de las premisas sobre las cuales se

asienta el régimen jurídico. Es un juego con las cartas marcadas.

Más concretamente, es preciso examinar el fundamento de las ideas económicas que soportan el *status quo*, lo que no sólo permitirá mostrar el divorcio que existe entre sus objetivos (fomentar la creatividad y producción del conocimiento) y sus realizaciones (inhibir el conocimiento, estimular conductas monopolísticas y *exacerbar* la discrecionalidad del Estado, en perjuicio de la transparencia de los mercados), sino además, permitirá identificar un juego institucional alternativo y más enriquecedor que la propuesta de quienes reprochan el *status quo* sobre bases estrictamente éticas o distributivas y pretenden ingenuamente retornar al régimen compulsivo que existía en los años 70.

No obstante, antes de debatir el fundamento de las ideas que soportan el *status quo* de las reglas internacionales, esto es, ideas acerca de las causas de la producción de ideas y el conocimiento, conviene examinar los efectos de las reglas establecidas, y las maneras que se han propuesto para atenuar sus efectos monopólicos en el mercado.

II. EFECTOS DEL RÉGIMEN LEGAL ACTUAL DE PATENTES Y OTRAS CATEGORÍAS SOBRE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO

El objetivo de políticas públicas en este campo es identificar un sistema legal que permita la asignación transparente y no discriminatoria de los derechos en el campo de la tecnología y creación de nuevas innovaciones, a fin de propiciar la mayor cantidad posible de innovaciones,

y muy especialmente, de innovaciones útiles. Así mismo se busca minimizar el costo de operación del sistema, así como el gasto improductivo de recursos, induciendo a los agentes a realizar inversiones dirigidas a la producción de mayor innovación. La pregunta es, ¿acaso el régimen actual de la regulación de patentes propicia estos resultados?

Bajo el régimen internacionalmente establecido en el ADPIC, se consagra una protección de por lo menos 20 años a las patentes de invenciones. Esta protección se extiende a los productos y procesos en casi todos los campos de la tecnología. Solamente se exceptúan de esta regla los casos que involucran la moralidad o el orden público. Por otra parte, ADPIC describe los derechos mínimos que puede gozar el titular de una patente. Pero también permite ciertas excepciones, que son consideradas como un abuso en el ejercicio de dicha patente, por ejemplo, al no satisfacer la demanda en el mercado. En tal eventualidad, ADPIC permite que los gobiernos emitan “licencias compulsivas”, las cuales permiten a un competidor producir el producto o usar el proceso bajo licencia.

Otros derechos están sujetos a un régimen de monopolio legal semejante, si bien sujeto a algunas variantes.

Estas características evidentemente confieren un monopolio legal al titular de la patente, lo que viene acompañado de efectos económicos adversos. Los costos del sistema de monopolio legal de patentes dadas las barreras al desarrollo tecnológico y los impedimentos que colocan en el camino de los innovadores para ingresar al mercado son los siguientes: (i) Costos administrativos y judiciales por litigios relativos a patentes concedidas en términos excesivamente amplios; (ii) Creación

de rentas artificiales a favor de titulares de patentes sobre inventos que de todas maneras se hubieran desarrollado sin los “incentivos” del monopolio, y que de no mediar patente, no hubieran generado rentas artificiales; (iii) En industrias con innovación incremental, las patentes excesivamente amplias pueden dar lugar a una carrera por el “patentamiento defensivo”, donde los titulares de las patentes de tecnologías superiores presentan docenas, centenares y hasta miles de solicitudes de patentes, para comerciar un solo producto. SHAPIRO (2001: 119-120) señala que en la industria de computadoras hay aproximadamente 90.000 patentes que son propiedad de 10.000 personas; (iv) De la misma manera, hay derroche de recursos de los competidores del titular de una patente, que invierten en tecnologías alternativas inferiores a las patentadas, pero suficientemente diferenciadas como para no violar la patente del titular de la tecnología superior; (v) Otro costo es el desvío de los desarrollos tecnológicos hacia tecnologías que son más fácilmente patentables, y no más socialmente beneficiosas; (vi) Finalmente, se produce un freno al desarrollo tecnológico de los propios titulares de las patentes, quienes estarán menos inclinados a desarrollar nuevas tecnologías de punta, al estar en posesión de un monopolio legal que les garantiza su permanencia en el mercado por el tiempo de su duración. (COLE, 2001, FTC, 2003: 5-18; CRUPI, 2003).

Evidentemente, estos efectos impactan en el costo a precio de monopolio (por definición no puede ser otro) que pueden suponer la adquisición de productos protegidos por patentes, especialmente los medicamentos, por el dramatismo que ello entraña. Este es uno

de los acuciantes problemas que enfrentan los países en desarrollo, a saber, cómo acceder a medicinas a precios de competencia, sin violar la legalidad de ADPIC. Bajo la idea de que es preciso mantener los incentivos que ofrece el sistema de patentes para la investigación y desarrollo de nuevas medicinas, es claro que se ha generado una considerable barrera para el acceso de estos países a medicamentos genéricos producidos en otros países, que podrían ser importados a precios mucho más reducidos que los medicamentos que gozan de la patente. Agobiada ante la pandemia del sida, Sudáfrica vio en la importación de medicamentos genéricos de la India la posibilidad de adquirir a precios sustancialmente más reducidos que los precios de productos equivalentes patentados. De modo que en 1998 aprobó una ley que permitió legalizar la importación paralela de tales medicamentos, y permitía al gobierno producir por sí mismo los retrovirales para combatir el sida. Treinta y nueve (39) empresas farmacéuticas demandaron a Sudáfrica por infringir ADPIC, esperando frenar al gobierno en la producción de medicamentos genéricos. Como resultado, se produjo un rechazo casi unánime contra las empresas demandantes, quienes fueron acusadas de valorar más el dinero que la vida humana.

Eventualmente, producto de la presión, las empresas retiraron su demanda.

Brasil ha adoptado una posición semejante, al amenazar con desconocer las patentes de tres medicamentos retrovirales y producir versiones genéricas de los mismos si los fabricantes no reducen sus precios en 50%. Las referidas drogas (lopinavir, nelfinavir y efavirenz) representan 63% del presupuesto de \$172M que Brasil destina anualmente para adquirir drogas retrovirales. En 1997, al igual que Sudáfrica, Brasil adoptó una legislación que le permite al gobierno perforar las patentes y hacer versiones genéricas si las empresas aplican precios “abusivos”¹.

En noviembre de 2001, se *emitió* una declaración especial sobre el punto en la conferencia ministerial de Doha. Los ministros de la OMC allí acordaron que el ADPIC no debería impedir a sus miembros el tomar medidas para proteger la salud pública. En este sentido, subrayaron la flexibilidad del acuerdo de ADPIC para este fin. Acordaron asimismo extender las excepciones sobre la protección de patentes de farmacias para los países menos desarrollados hasta 2016. No obstante, quedó pendiente por resolver la pregunta a ser resuelta por el Consejo de ADPIC, de cómo proveer flexibilidad extra, de modo que países que no pueden producir medicamentos puedan importar drogas patentadas bajo licencias compulsivas. Se estableció una dispensa para permitir esta flexibilidad el 30 de agosto de 2003.

1. Si bien no se trata de un país en desarrollo, sí resulta llamativo que los Estados Unidos, cuya política de negociación de tratados ha sido la protección “dura” de los DPI, tengan otro parecer en casos de crisis como sucedió con la del Antrax. Luego del ataque terrorista del 11 de septiembre de 2001, el Congreso de Estados Unidos amenazó con utilizar licencias compulsivas para obtener el antibiótico Cipro más barato y rápido mediante fabricantes de genéricos. Bayer, quien posee la patente sobre Cipro, inmediatamente ofreció reducir sus precios e incrementar la producción.

De modo que el régimen actual de patentes es uno donde por una parte se concede un monopolio legal al titular, por un extenso período temporal, y los competidores pueden solamente entrar en el mercado “eludiendo” el ámbito de la patente concedida, o apelando a medidas de verdadera presión de retaliación, por situaciones calificadas de “abuso”.

III. PROPUESTAS PARA MEJORAR EL RÉGIMEN ACTUAL

En vista de las tensiones, se han formulado propuestas para mejorar el funcionamiento del sistema actual de protección fuerte de las patentes y otras categorías, a fin de promover la competencia dinámica de los mercados. Estas propuestas son de dos tipos: (i) Control de las oficinas de patentes sobre los términos en que se concede la patente; (ii) Control de las oficinas de competencia sobre los efectos anticompetitivos de las patentes en el mercado.

A. CONTROL EX ANTE SOBRE LOS TÉRMINOS DEL OTORGAMIENTO DE LA PATENTE Y OTRAS CATEGORÍAS

Se propone que las oficinas de patentes sean más cuidadosas en el otorgamiento de patentes y otros derechos, a fin de evitar concesiones que sean excesivamente amplias.

De esta manera, se busca someter a escrutinio más cabal la concesión de la patente y su extensión temporal. Estas medidas comprenden:

(i) El relajamiento de la extensión de la patentabilidad, especialmente en el caso de los países en desarrollo (CRUPI, 2002). De igual manera, la FTC (2003) ha sugere-

do examinar el balance apropiado entre las políticas de competencia y las leyes de patentes, para lo cual proponen mayor cautela en la concesión de patentes, evitando la emisión de patentes “cuestionables” a solicitudes expresadas en términos demasiado “amplios”.

(ii) Asimismo proponen que terceros puedan tener mayor participación en reclamar la invalidación de una patente concedida en términos excesivamente amplios, y no esperar a que un eventual competidor con un producto semejante ingrese al mercado, lo que puede demorar años en suceder. Para ello se propone crear mecanismos de revisión ex post a la concesión de la patente, que permita a los terceros alegar cuestiones esenciales al otorgamiento como son la novedad, no obviedad, descripción escrita, aptitud para proveer o utilidad, y que estos asuntos puedan ser debatidos directamente en la oficina de patentes, y no en tribunales, lo que podría resultar excesivamente oneroso.

(iii) Relajamiento de la presunción de validez de las concesiones otorgadas, dado que no es razonable dar un valor absoluto al criterio empleado por la oficina de patentes para conceder patentes, dada su frecuente carencia de recursos para examinar las solicitudes con propiedad.

(iv) Reforzar ciertos criterios empleados para evaluar si una patente es genuinamente innovadora.

(v) Considerar los potenciales efectos sobre la competencia en el mercado resultantes de extender el ámbito de las materias sujetas a patentabilidad.

De ser implementadas efectivamente este grupo de propuestas se debería reducir el número de casos potenciales de patentes empleadas de modo anticompetitivo, en el punto de entrada al

mercado. Ciertamente, esto habría de redundar positivamente en el alivio de las situaciones que pudieran constituirse en fuente de perturbación anticompetitiva ulterior.

B. CONTROL EX POST A TRAVÉS DE LAS POLÍTICAS DE COMPETENCIA

Crecientemente la política de competencia luce como un atractivo instrumento para controlar el “poder de mercado” que pudiera surgir de la concesión de un monopolio legal a las patentes y otros derechos. Este atractivo surge por la percepción de que tales políticas son instrumentos “eclecticos” adecuados para moderar los excesos de las patentes más eficaces que los mecanismos de control aplicados en las políticas de transferencia de tecnología de la década de los años 70. Bajo dichas políticas, se sometía a la aprobación previa los contratos de transferencia de tecnología, y a revelar la información *accionarial* del inversionista a agencias públicas. Las políticas de competencia, en cambio, son instrumentos de control posterior, por lo que muchos suponen que no comporta costos transaccionales significativos para la inversión extranjera². Esto la hace un instrumento de control más sofisticado y comparativamente más atractivo.

No es casualidad, por tanto, que muchos (CRUPI; MASKUS, 2003; FTC, 2003; UNCTAD, 2002) consideren las políticas de competencia como instrumentos apropiados para moderar los excesos creados por la concesión de monopolios legales a través de patentes, procurando un mejor balance de los intereses de los consumidores y potenciales competidores en el juego institucional creado por las reglas internacionales vigentes. La UNCTAD (2002) lo ha hecho en los siguientes términos: “La política de la competencia de los principales países o regiones desarrollados suele adoptar una actitud favorable ante los derechos de propiedad intelectual. No obstante, los poderes públicos pueden intervenir cuando un análisis pragmático caso por caso indica que el poder de mercado basado en esos derechos limita abusivamente la competencia en los mercados pertinentes”.

Bajo esta idea, el control de los efectos monopolísticos de las patentes que pudieran ser objeto de la política de competencia comprendería dos campos:

1. *El control al ejercicio abusivo de una patente por su titular (art. 31 k. ADPIC)*

Bajo este supuesto, la patente es tratada como un caso semejante al de una empre-

2. No obstante, el artículo 58 de la Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (que es ley para Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Venezuela), relativa al “Régimen Común de Propiedad Industrial” prevé que “la autoridad nacional competente no registrará los contratos de licencia para la explotación de patentes que no se ajusten a las disposiciones del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, o que no se ajusten a las disposiciones comunitarias o nacionales sobre prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia”. Más adelante se examina el problema práctico de implementación de esta cláusula, a la luz de las normas de competencia. Por lo que toca a las restricciones establecidas en el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros, las legislaciones nacionales de estos países no contemplan requisitos previos, y más bien visualizan este régimen como un registro de tipo estadístico, por lo que resulta difícil examinar los casos en que habría de producirse tal denegación de registro.

sa que detenta una posición dominante en el mercado, sólo que resultante, en este caso, de un título de exclusividad conferido por el Estado a una creación intelectual. Bajo esta hipótesis, la autoridad de competencia pudiera declarar el abuso de tal posición dominante, con lo cual el Estado miembro pudiera limitar el ejercicio mismo de la patente, absteniéndose de solicitar el consentimiento del titular para conceder licencias obligatorias a terceros para la utilización de la patente.

Los supuestos que comprende el ejercicio abusivo de una patente varían según la legislación nacional. No obstante, parece haber cierto consenso en encuadrar, dentro de este supuesto a las siguientes conductas: (i) La fijación de precios “abusivos” o “excesivos” respecto al tamaño del mercado; (ii) La negativa a suplir un mercado en condiciones “razonables”; (iii) Discriminación de condiciones en uso de la patente; y en general, y (iv) Entorpecimiento de actividades comerciales productivas.

La aplicación de este criterio ha sido variada en la jurisprudencia de los países desarrollados (UNCTAD, 2002). En América Latina, pese al esfuerzo de algunas legislaciones por reglamentar esta disposición, no ha habido precedentes jurisprudenciales en esta materia, por lo cual no es posible anticipar el desarrollo, por las autoridades de competencia, de criterios específicos uniformes para el caso de patentes, más allá del criterio general aplicado en estos casos al abuso de una posición dominante (aplicado en las jurisdicciones de Colombia, Perú, Chile,

Brasil y Venezuela), o monopolización mediante poder de mercado (Costa Rica, Panamá y México). Por ejemplo la Ley Argentina 24.572 de Patentes de Invención individualiza algunos casos, pero son todos cubiertos por las normas de competencia, a las cuales hace remisión. Igualmente, otras leyes como la competencia de Panamá, extiende su cobertura de aplicación a las conductas monopolísticas adoptadas por titulares de derechos de propiedad intelectual³. El caso de Brasil examinado anteriormente, al igual que el caso de Sudáfrica, tiene que ver con la aprobación de leyes que permiten restringir la patente por casos de abuso, más no califican el análisis de abuso en el contexto de una legislación de competencia.

Este es un tema delicado, que de no ser debidamente abordado, puede terminar con la desnaturalización misma de la política de competencia. En algunos países la identificación de casos de abuso de una posición dominante ha sido asociada con la exclusión de un competidor, aguas abajo o aguas arriba, por otra empresa vinculada con la empresa titular del derecho utilizado abusivamente. Pero en el caso de las patentes, es complicado imaginar un caso donde la patente misma sea la fuente de discriminación, pues la exclusión que realice quien es titular de una patente a competidores de productos semejantes no hará otra cosa que corresponder con los derechos que le asisten bajo la patente. Se tratará, a todo evento, de un problema relacionado con la amplitud de la patente concedida, lo que pareciera que no puede ser objeto

3. Artículo 4.º de la Ley 29 de 1996, por la cual se dictan normas de defensa de la Competencia y se adoptan otras medidas.

sino de la calificación hecha por la oficina de patentes, no de la oficina de competencia. Distinto es el tratamiento dado a las importaciones paralelas, las cuales se permiten siempre que el titular del derecho haya autorizado su importación, luego de la cual no puede objetarla. No obstante, en este caso, no parecería tratarse de un caso de “abuso” de derecho que se aborda como un acto restrictivo de la competencia, sino más bien, como un acto ilegal, por haber el titular “agotado” su exclusividad bajo la patente.

Por otra parte, la identificación de casos de “abuso” por motivo de imposición de precios excesivamente elevados, puede resultar complicada y terminar en consideraciones de equidad que nada tienen que ver con el propósito de una política de competencia, cuyo fin es promover la eficiencia económica. Esta nota de atención adquiere una especial preocupación a la luz de las intervenciones recurrentes habidas en muchos países en desarrollo, y particularmente en América Latina, para establecer regulaciones (precios oficiales) tendientes a impedir precios “especulativos”. Desde el punto de vista de la competencia, no habría una diferencia sustancial en el efecto de una sanción administrativa contra una empresa que establece precios considerados “abusivos” con la fijación de un precio oficial máximo. La política de competencia debe por tanto definir, anticipadamente, bajo qué circunstancias habría de calificar una conducta de una empresa titular de una patente como “abusiva”. La redacción de lineamientos en este campo puede ser particularmente útil. Quizás esta preocupación explique el trato dado en Brasil, en el caso antes citado, bajo una ley especial a tal efecto.

2. Control sobre el otorgamiento de licencias exclusivas a fin de evitar restricciones anticompetitivas sobre terceros (art. 40 ADPIC)

ADPIC reconoce el derecho de los Estados Miembros a incorporar dentro de su legislación nacional los casos en que los términos de un contrato de licencia sean considerados restrictivos de la competencia o que impidan la transferencia de tecnología.

Estas condiciones restrictivas pueden incluir (i) disposiciones que establezcan condiciones exclusivas de retrocesión, (ii) condiciones que impidan la impugnación de la validez y (iii) las licencias conjuntas obligatorias. Los gobiernos tienen el derecho a tomar acciones para impedir el licenciamiento anticompetitivo, según lo dispuesto en su legislación nacional. En tal caso, deben celebrar consultas con el Estado miembro del cual es nacional quien realice dichas conductas, y éste debe proveer la información disponible no confidencial y la información confidencial que no viole la legislación interna, para colaborar con el Estado Miembro requirente.

En América Latina, los países han desarrollado legislación que aclara el alcance de la autoridad de competencia para examinar los casos relativos a prácticas anticompetitivas causadas por contratos de licencia, pero a veces esta es confusa o contradictoria. Por ejemplo, bajo la normativa regional andina se prevé que la autoridad nacional de propiedad intelectual se abstendrá de registrar los contratos de licencia para la explotación de patentes que “no se ajusten a las disposiciones comunitarias o nacionales sobre prácticas comerciales restrictivas de

la libre competencia,” lo cual pareciera colocar a las autoridades de competencia en estos países (los del Grupo Andino) en la obligación de revisar dichos contratos antes de su registro, lo que no ha sucedido hasta el momento⁴.

Entre éstos, la ley chilena contempla la posible concesión de una licencia obligatoria si el titular de la patente incurre en un “abuso monopólico” de conformidad con la normativa que regla la materia (SELA, 1995). Esta parece ser una solución más extendida.

Igualmente, Venezuela ha dictado disposiciones de libre competencia relativas al tratamiento de las franquicias, las cuales no son requisitos para la autorización de dichos contratos, sino lineamientos pro-competitivos para la celebración de los mismos⁵.

Por otra parte, la jurisprudencia de casos relativos a control del licenciamiento ha sido *escasa* en América Latina, lo que permite ver cierto rezago

en el control de las licencias de tecnología, heredada luego del abandono en la década de los ochenta de las leyes de transferencia de tecnología. Quizás esto se deba, nuevamente, a que se ha evitado esta práctica, primero porque posiblemente se teme que un ejercicio agresivo de controles a dichos contratos pudiera causar limitaciones a las inversiones en el mercado, y segundo por la orientación de la agenda de las agencias de competencia hacia otro tipo de prácticas (carteles, restricciones verticales en distribución de productos, control de concentración económica industrial) cuya restricción a la competencia es “evidente”, y es el caso que los casos de utilización anti-competitiva de un derecho de propiedad intelectual parecieran requerir, cuando menos una evaluación sujeta a la regla de la razón, en su impacto económico en el mercado. El único caso reportado es un análisis de licencias atadas en Argentina⁶.

4. Artículo 58 de la Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Es interesante notar que esta es una evolución en el tratamiento de estos casos, pues bajo el artículo 41 de la derogada Decisión 344, tal facultad de abstención de registro era únicamente aplicado a los casos de contravención de las reglas sobre tratamiento de capitales e inversiones. Al extenderse a las situaciones de restricciones a las normas de competencia, y obligar a una verificación previa por la autoridad nacional, se pone en duda su capacidad de atacar *ex post* dichas restricciones. Esto genera la duda de la oportunidad en que dicha autoridad de competencia puede examinar situaciones restrictivas, pues no hay duda de que es imposible conocer anticipadamente las restricciones a la competencia que puedan sobrevenir como resultado de conductas restrictivas, dado que dicho examen ha de tomar en cuenta las circunstancias económicas cambiantes bajo las cuales se verifica la conducta contractual. Pero, por otra parte, *la sujeción* de tales contratos a requisitos de cumplimiento contingentes al cambiante entorno económico, puede propiciar una incertidumbre capaz de inhibir las inversiones, por los costos transaccionales generados.

5. Lineamientos de Evaluación de los Contratos de Franquicia, *Gaceta Oficial Extraordinaria de Venezuela*, n.º 5.431 del 7 de enero de 2000. Dichos lineamientos establecen como pro-competitivas las franquicias donde el franquiciado sea libre de obtener los productos de otros franquiciados, y otras condiciones semejantes.

6. Fallo Supercanal *c/ Telered Imagen y otro. s/ Medida Cautelar* Cámara Nacional Comercial Sala D, exp. 94.601/01. En dicho caso, Telered Imagen y TSC, empresas proveedoras de contenidos, negociaron con Supercanal, operador de televisión por cable, un contrato de licencia, donde las primeras, como titulares de los derechos sobre eventos deportivos (fútbol argentino, automovilismo, básquet y boxeo) un contrato de licencia en un sólo paquete de transmisiones de fútbol, automovilismo, básquet y boxeo, limitando la capacidad de Supercanal para tomar licencias sobre cada deporte individual. El fallo, dictado por la Cámara Nacional en lo Comercial indicó que dicha conducta era anticompetitiva. Es interesante notar que el fallo

IV. ¿LAS POLÍTICAS DE COMPETENCIA COMO INSTRUMENTOS DE EQUIDAD?

Pese a su creciente popularidad, creemos que las políticas de competencia distan de ser la panacea para resolver los problemas asociados con el efecto económico del monopolio legal a las patentes, fundamentalmente porque el desarrollo institucional de las políticas de competencia es aun embrionario en los países en desarrollo. De aquí se desprenden varios problemas:

A. NO ESTÁN CLARAMENTE DEFINIDAS LA JURISDICCIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES ENCARGADAS DE VELAR POR LA COMPETENCIA Y LAS AUTORIDADES DE PI

En ocasiones existe descoordinación, doctrina contradictoria, decisiones cruzadas, rivalidades institucionales y falta de consistencia en la definición de las políticas de PI con implicaciones sobre la competencia. Además, la creación de agencias de competencia ha sido mas reciente, y siendo este un tema novedoso, las autoridades tienden a ser cautelosas en su implementación, especialmente ante la actividad de oficinas de patentes, que gozan de un mejor posicionamiento institucional. Hay quienes consideran que esto se debe, entre otras razones, a que las oficinas de patentes son el instrumento de garantía de los compromisos adquiridos por los países en desarrollo

frente a los desarrollados en cumplimiento de condiciones establecidas en tratados comerciales. Estos problemas de descoordinación institucional y debida atención a los problemas de competencia generados por la PI han sido resueltos, al menos parcialmente, en aquellos países donde las autoridades de competencia y las de PI coexisten bajo una misma autoridad, y gozan de la independencia institucional necesaria para no verse interferidas en el tratamiento técnico de las materias que componen su política. Es el caso del Perú, con el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y de Colombia (Superintendencia de Industria y Comercio).

B. PROBLEMAS DERIVADOS DE LA EXCLUSIÓN LEGISLATIVA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL DEL CAMPO DE LA OFICINA DE COMPETENCIA

En ocasiones, las leyes de competencia han permitido la creación de exenciones a la PI de los problemas de competencia. Este es el caso de México⁷. Obviamente, esta respuesta ha reforzado los efectos negativos del monopolio legal creado a favor de las patentes, al reafirmar su fuero de exclusividad. Quizás esto sea visible a examinar la sanción que ADPIC establece para casos de prácticas anticompetitivas resultantes de un DPI. La solución competitiva normalmente prevista en estos

fue dictado por un tribunal y no por la entidad de competencia de Argentina, la Comisión de Defensa de la Competencia.

7. Artículo 5.º de la Ley Federal de la Competencia: "Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se conceden a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora".

casos es la concesión de una licencia obligatoria, por la autoridad de propiedad intelectual, previa calificación del abuso por la autoridad de competencia. Esto pone en duda la capacidad de la autoridad de competencia para imponer sanciones pecuniarias, las cuales serían de suyo, incompatibles con las licencias obligatorias, especialmente la nulidad absoluta para los casos de contratos de licencia con cláusulas restrictivas de la competencia. Se trata entonces de soluciones regulatorias distintas, propias del trato de monopolio legal dado por la ley a las patentes.

C. INSUFICIENCIA DEL INSTRUMENTAL ANALÍTICO PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LOS CASOS DE ABUSOS DE LAS PATENTES

Este problema se hace evidente en la indefinición de los casos que deben ser tomados como “abusos” en el ejercicio de una patente. El problema del sistema de competencia es que la identificación de los supuestos de “abusos” sólo es posible hacerla a través de un examen de los efectos anticompetitivos de las prácticas examinadas, en el mercado. Ello exige la identificación de los factores circundantes bajo los cuales se desarrolla dichas conductas, esto es, el examen de las características del mercado. Este examen permite una apreciación indiciaria limitada, por tratarse de la formulación de hipótesis acerca de los efectos restrictivos de la conducta en el mercado, que bien pueden ser indispensables para lograr la realización de las inversiones necesarias para generar futuras innovaciones, y crecimiento económico.

¿Cómo conocer, en el contexto económico cambiante, con industrias con diferentes ritmos de innovación, que

la falta de explotación de una patente obedece a una política deliberada para “cerrar” el mercado, y no, para asegurar el momento comercial que mejor remunere los factores de producción utilizados en el desarrollo de la invención? ¿Cómo saber si la redacción de un contrato de licencia tiene un propósito de apalancamiento de un poder de mercado, o por el contrario, se dirige a consolidar una relación de apoyo al licenciario, a cambio de un posicionamiento del producto o servicio de licenciante en un mercado desconocido que de otro modo le estaría vedado?

El problema más grave es la imposibilidad teórica y práctica de poder establecer con precisión una regla que defina anticipadamente, y para todos los casos, los límites temporales óptimos del régimen actual de patentes y otros derechos de PI.

El desarrollo de las políticas de competencia para atenuar los excesos de un sistema de monopolio legal, para ser efectivos, deben tener una visión muy clara del objetivo de la agenda de intervención, para atacar casos efectivamente restrictivos de la competencia y no convertirse en una coartada para imponer una orientación distributiva de nuevo cuño, que poco favor haría al desarrollo económico de los países importadores de tecnología.

Es preciso insistir en que la política de competencia debe estar atenta a no sacrificar la competencia dinámica en aras de la competencia estática de los mercados. Esto impone un delicado análisis que requiere examinar legalidad de las conductas bajo una “pragmática” regla de la razón, o análisis económico, que permita balancear el respeto a los DPI con la preservación de la competencia en el mercado, y en el caso del licenciamiento, permita preservar los incentivos del licenciante en dar licencias,

a la vez que asegurar la competencia de los licenciarios (UNCTAD, 2002). Con todo, el análisis económico es casuístico, discrecional y basado en hipótesis de trabajo, que por su propia definición dificultan el desarrollo de una regla de derecho estable y predecible.

Este es un sistema inestable, que posiblemente dificulte el desarrollo del tema, a medida que los desequilibrios entre los países tecnológicamente avanzados y tecnológicamente *atrasados* se profundicen. Después de todo, en un sistema basado en la discrecionalidad de la autoridad administrativa, los países que cuentan con mayor institucionalidad para aprovecharse de los *intersticios* que ofrece el sistema legal vigente salen más beneficiados. Por este camino, la autoridad de competencia pudiera verse presionada o tentada a llevar adelante una política de asignación de recursos que termine por hacer prevalecer el criterio de equidad, o un desmedido énfasis a la competencia estática, en vez del criterio de eficiencia dinámica o productiva que ha de guiar su acción pública, desnaturalizando su propio contenido. Las posibilidades son amplias, así como los riesgos.

Teniendo en cuenta las limitaciones que reviste la política de competencia para equilibrar las pretensiones del titular de la patente frente a la sociedad, manteniendo su objetivo de políticas, es conveniente examinar si acaso hay una alternativa que vaya más allá de la mera atenuación de las debilidades del sistema actual.

V. UNA NUEVA LUZ SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL BASADA EN UNA REINTERPRETACIÓN DE LA COMPETENCIA

Ante las evidentes disparidades de desa-

rollo tecnológico y la insuficiencia del régimen actual –con todas las moderaciones, excepciones o flexibilización que pueda hacerse sobre él para eliminarlas, pareciera oportuno preguntarse si el diseño de un sistema que proteja y promueva la innovación tecnológica, la competencia y la efectiva transferencia de tecnología acaso no pasa por un replanteamiento más de fondo.

Tal como se presenta el sistema actual, es improbable que se avance mucho más de lo que se ha avanzado ya. Es significativo que la controversia entre países exportadores e imitadores de tecnología esté planteada en términos puramente distributivos, donde lo discutido es la cantidad de tecnología que debe ser transferida a países imitadores o importadores, por una parte, y por la otra, la cantidad de renta que deben devengar los titulares de la PI. Una controversia planteada en tales términos es un callejón sin salida, porque ella se plantea en puros términos de poder de negociación.

Gran parte de responsabilidad en el planteo de este problema en términos de asignación económica se debe a las evidentes consecuencias económicas derivadas de tratar los productos del intelecto, particularmente las invenciones, bajo un régimen de monopolio legal. La justificación a este trato privilegiado dado a las patentes se ha fundado en la idea de que debe producirse algún tipo de compensación monetaria al inventor, para estimular o resguardar su capacidad creativa. La literatura económica (DE BROCK, 1985; KAMIEN y SCHWARTZ, 1974; MARTIN, 1993) se aproxima al examen del problema bajo la suposición de que el incentivo monetario es el que permite restituir el equilibrio intertemporal en el sistema, propiciando la adecuada recompensa *ex ante* a las inversiones que habría

de acometer un empresario en el proceso innovador. De no mediar el incentivo, tales inversiones quedarían sin realizar *ex post*, por encontrarse sub-pagadas: el caso típico de una falla de mercado que amerita la intervención estatal (la concesión del monopolio legal). Esta posición mayoritaria es sostenida, entre otros, por Baumol (1990), para quien los diferentes arreglos institucionales afectan la asignación del talento empresarial en usos productivos e improductivos, respectivamente. Bajo el enfoque convencional de incentivos, es claro que las soluciones de políticas públicas se conciben para proporcionar el incentivo mínimo al innovador con la necesidad de la sociedad por difundir dicho conocimiento, bajo las políticas de competencia o políticas de redistribución directa. Pero, ¿qué tal si este no fuera el problema a resolver, esto es, no es preciso equilibrar intereses por cuanto no hay necesidad de dar incentivo alguno?

He aquí el punto central de esta exposición, a saber, que el problema planteado en la regulación de las patentes (y de la política de competencia, vista como un factor de atenuación de sus rigores) no es más que una consecuencia de la perspectiva que se ha adoptado sobre este problema, en especial, sobre las causas que impulsan la creatividad empresarial y la función de la competencia en el proceso económico. Quizás convenga enfatizar en este punto que dicho planteo dista de ser una *evaluación* fácil al problema examinado en este ensayo. Por el contrario, toca la esencia de nuestro problema, a saber, la aparente imposibilidad de reconciliar los intereses del innovador con los de la sociedad. Tal carácter irreconciliable que sólo admite soluciones de equilibrio imperfectas, resulta sospechosa de suyo, pues la existencia del

innovador es indispensable para el progreso económico de la sociedad se materialice, y para el innovador, la sociedad es indispensable pues las innovaciones no se producen sino en el contexto social. Esto puede ser indicativo de que nuestro enfoque del problema es defectuoso, y que por ello, no es posible encontrar solución.

Para comprender por qué, es necesario reconocer que la economía es una ciencia sujeta, como cualquier otra, a visiones o paradigmas convencionales (KUHN, 1970). De ser así, ¿cómo podría alterar la perspectiva que tenemos del proceso económico en nuestra formulación de políticas el considerar que, en vez de “equilibrios óptimos”, la misma debería ser planteada en términos de “creación destructiva”? Ciertamente, esta fue la formulación hecha por SCHUMPETER (1942), para el calificar el proceso competitivo de mercado, y más importante para nuestro tema, la percepción normativa que en un enfoque alternativo dinámico como el propuesto habrían de tener los encargados de diseñar y aplicar las políticas públicas; muy especialmente las políticas de competencia (SCHUMPETER, 1942: 84, 88). Tratándose de una visión epistemológica más a fin al dinamismo que entraña la innovación en el mercado, cabe la pregunta de si acaso no sería apropiado prestar mayor atención a la visión de SCHUMPETER dentro de la formulación de políticas públicas de la que ha tenido hasta ahora, dejando de lado el equilibrio intertemporal “estático” de la visión de “incentivos”.

Bajo una visión alternativa del proceso económico, anclada en los procesos de innovación y evolución tecnológica, es claro que no es posible justificar el progreso económico con base en los “incentivos económicos” anticipados que puedan ser ofre-

cidos. El sistema no puede jamás asegurar un óptimo porque no es posible identificar si, efectivamente, la tecnología producida es “óptima” con relación a la existente en el mercado. Este es un cálculo que sólo es posible conocer luego de producido el invento o innovación. Anticipadamente, en un escenario de incertidumbre donde se desconoce el futuro, lo único que el empresario puede esperar es que su esfuerzo inventivo tenga frutos, no sólo en el sentido de que constituya la tecnología más avanzada, sino primeramente, que sea la más apetecida. En un escenario donde la información es cambiante, es imposible calibrar anticipadamente incentivo económico alguno capaz de llevar el sistema a un estado “óptimo”.

Pero hay más. La visión convencional da por sentado que la condición empresarial es un factor productivo que puede propiciarse a través de una mayor inversión de recursos, por intermedio de un marco jurídico que propicie los “incentivos” necesarios. Esta visión ha sido criticada por HARPER (1998, 246-247), quien por el contrario sostiene que la condición empresarial es intrínseca al empresario y por tanto no es equivalente a un factor de producción (capital, espacio/tierra, trabajo), que están sujetos a los incentivos económicos. En esto, HARPER se apoya en los trabajos de KIRZNER (1973), para quien la condición empresarial está dada por una inclinación o predisposición del empresario a “estar alerta” (alertness) a las nuevas oportunidades de ganancia que le ofrece el entorno.

“Las ideas están en el aire” dice el refrán popular, indicando con esto una condición inherente al conocimiento creado, a la condición empresarial, que aleja su naturaleza a la de un recurso económico, caracterizado

por la escasez. Es por esta razón que, como bien expresa COLE (2001), los derechos de PI se conciben para “crear” escasez, generando con ellos rentas monopólicas sobre ellos y no, como sucede con los derechos de propiedad sobre bienes tangibles, para “asignar” recursos escasos.

Luego, se trata de una condición endógena al empresario, que no es posible suplir con incentivos económicos externos. Por ello, a diferencia de los recursos económicos convencionales, como es el conocimiento técnico (que es posible computar como un factor de producción), no es posible adoptar decisiones deliberadas en relación con la puesta en práctica de la capacidad empresarial de aperecibimiento del entorno (KIRZNER, 1982, HARPER 1998, WILLIAMSON, 2000). La nueva comprensión de la Organización Económica, iniciada bajo la metodología de los costos transaccionales (COASE, 1937, WILLIAMSON, 1975) es hoy vista como adaptación de capacidades empresariales a un entorno dinámico competitivo (PENROSE, 1959, RICHARDSON, 1960, 1972; NELSON y WINTER, 1982, FOSS, 1996, 1997, 1998) enfatizan su carácter adaptativo al proceso competitivo y evolutivo del mercado. Bajo este enfoque las patentes lucen como mecanismos que obstaculizan dicha adaptación, tanto de las empresas que gozan de la patente (quienes invertirán recursos en obtenerla y protegerla, en vez de invertir en I&D), como de quienes se ven impedidas de ingresar al mercado (quienes se verán forzados a invertir en tecnologías inferiores para diferenciarse de la patente). No es casualidad que la mayor tensión creada por el régimen de monopolio “controlado” de patentes (y derechos de autor) se produzca en industrias con alta capacidad de innovación (farmacéutica, biotecnología, discográfica,

computación), pues en ellos el ritmo de innovación hace más visible cualquier obstáculo legal puesto en el camino.

De ser correcta esta apreciación (y su evaluación sólo puede ser hecha dentro del paradigma *kubniano* dinámico bajo el cual ella adquiere sentido), habría que repensar el enfoque de políticas públicas dirigidas a promover la PI. Habría que reconsiderar, en primer lugar, la viabilidad misma del régimen legal que establece un monopolio legal a favor del inventor. No se trata de que la extensión temporal es “excesiva”, o de que puede ser ejercida “abusivamente”; se trata de que es inaceptable, pues entraña de suyo un monopolio legal, con todos los esperados efectos restrictivos en el mercado y la competencia dinámica que un monopolio supone, y con dudosa –bajo este enfoque, insistimos– justificación axiológica. Ciertamente, es posible estar de acuerdo hasta cierta medida con los defensores del régimen actual cuando afirman que el mismo posee mecanismos flexibles que permiten matizar los efectos rígidos a los que conduce su aplicación estricta (MASKUS, 2003). Pero es claro que en el largo plazo, un sistema así concebido es inestable e incierto para todas las partes involucradas. A la luz de la creciente profundización de la brecha tecnológica, no parece claro que se pueda sostener este sistema indefinidamente.

Un sistema alternativo, semejante al que protege los secretos comerciales e industriales, disiparía las fallas de gobierno que pueden impactar en este momento el juego institucional alrededor de la producción intelectual, al eliminar los

factores de incertidumbre sobre la asignación de “derechos” (esto es, discrecionalidad del monopolio legal como la de las licencias compulsivas) y pondría en manos del inventor, no de la autoridad estatal, la decisión sobre el momento en que habrá de comercializar su producto⁸. Esto permitiría difundir *las ideas* contenidas en el producto (que no el producto mismo, el cual permanecería siendo propiedad tangible) al dominio público conforme lo dicte la propia dinámica del mercado, permitiría una difusión de la tecnología hacia la sociedad, eliminaría las rentas monopólicas, e induciría las empresas a invertir mucho más en inversión y desarrollo, para mantener su ventaja tecnológica.

Evidentemente, se trata de una regla legal ideal, pero difícil de negociar a la luz de la realidad comercial de los países en desarrollo, sujetos como están a los compromisos propios del comercio internacional. Por ello, a fin de ofrecer un escenario de negociación viable, creemos que se precisa una solución de transición, como la que ha sido propuesta por REICHMAN (2003), quien ha sugerido reemplazar el sistema de aprobación previa de la patente y demás derechos de PI, por un sistema de compensación posterior. Bajo este sistema, el titular de la patente no autorizaría previamente al competidor interesado en reproducir el contenido de la patente, para realizar una mejora sino que éste estaría en libertad de hacerlo, pero debería compensar al titular de la patente. Naturalmente, sería necesario imponer algunas condiciones mínimas

8. Ciertamente, el sistema actual permite una protección provisional de la patente desde el momento en que se presenta la solicitud, pero el derecho se genera propiamente con la concesión del título.

para favorecer al innovador original: (i) Prohibir la mera réplica de la patente; (ii) Compensar razonable por las aplicaciones hechas con base en las mejoras, y (iii) Asegurar al innovador original el derecho de poder tomar prestada las innovaciones del competidor, con el fin de innovar sobre las mejoras hechas, con los debidos pagos compensatorios. Si bien a la luz de las razones apuntadas anteriormente los pagos compensatorios propuestos por REICHMAN lucen innecesarios, pues no promueven la creatividad y sí estimulan la pugna por obtener las rentas producidas por los inventos exitosos, ciertamente es una propuesta de régimen legal más equilibrado que el monopolio legal sujeto a paliativos administrativos e inciertos establecido bajo el sistema actual, porque define un mecanismo de asignación de dichas rentas luego de producidas, donde sería posible calibrar mejor el valor por el uso de la patente para la introducción de mejoras.

VI. LAS INSTITUCIONES COMO FACTOR DETERMINANTE DEL DESARROLLO TECNOLÓGICO

El crecimiento endógeno pasa por estimular la capacidad de los países receptores de tecnología para reproducir e innovar sobre la misma. Los países pueden obtener tecnología del exterior a través de la importación de bienes de capital y de consumo, o mediante la obtención de licencias de patentes, o mediante la inversión extranjera directa.

Pero si no cuentan con un mínimo “lenguaje” que les permita comprender la tecnología importada o licenciada, nunca podrán superar el estado de meros receptores pasivos sin capacidad para innovar.

Esto pone de relieve un punto donde parece haber consenso en la literatura económica, a saber, que más allá de los incentivos económicos, el desarrollo de la chispa de la creatividad está dada por la generación de un ambiente o entorno caracterizado por la creatividad y búsqueda del conocimiento. Esto supone la posesión de ciertas actitudes y valores, así como también el acceso a recursos, medios y mercados. En esta dirección, SACHS (2000) sostiene que la innovación y la capacidad de asimilar y eventualmente reproducir tecnologías, depende mucho más del tamaño de los mercados, de las economías de escala, de la ubicación geográfica, del nivel de preparación técnica de los habitantes.

Todos estos son factores que exigen políticas expresamente dirigidas a esos propósitos; y las políticas suponen la institucionalidad mínima necesaria para diseñarlas, instrumentalizarlas y ejecutarlas. Esto exige la coordinación de esfuerzos entre el sector privado, la academia y el gobierno. En algunos casos, la mezcla puede suponer el financiamiento público de la investigación en ciertas industrias, acompañado de la contribución investigativa de la academia, quien está en capacidad de detectar los investigadores y proyectos más idóneos, y lograr enlazarlos con proyectos semejantes en otras universidades y centros en el exterior. Igualmente se requiere la contribución decisiva del sector privado, para orientar dichas investigaciones hacia actividades que el mercado y los consumidores realmente valoran. Esto requiere la preparación de todo un entramado de normas jurídicas que permitan minimizar los riesgos de los participantes en los proyectos conjuntos entre la academia, gobierno y empresas.

Para dinamizar estas iniciativas REICHMAN (2003) ha propuesto la creación de

unos Consejos Consultivos para integrar los temas de comercio a las necesidades de innovación. Estos consejos tendrían un desarrollo en dos niveles distintos, nacional y regional. Ellos permitirían calibrar las necesidades del país en torno a la formulación de políticas de innovación. La idea es atractiva, pero es preciso no olvidar los evidentes problemas creados por la negociación internacional en este campo, cuya dinámica está llevando a los países en desarrollo a aceptar en la negociación de acuerdos bilaterales concesiones superiores a las que prevé el ADPIC, en la búsqueda de ofrecer el mejor paquete de incentivos a la inversión extranjera. Si bien, como se ha manifestado en la literatura especializada, (MASKUS y YANG) la relación causal entre DPI reforzados e inversión extranjera no necesariamente está asegurada, aún subsiste dicha convicción.

Precisamente este ensayo ha buscado reforzar aún más la duda sobre dicha causalidad. En este terreno, la propuesta de REICHMAN sobre tales Consejos Consultivos puede ser útil para identificar casos, examinar propuestas de política, y reforzar la institucionalidad de las políticas de innovación, desde otra perspectiva conceptual pro-innovación.

VII. PROPUESTAS PARA EL DESARROLLO DE UN SISTEMA EQUILIBRADO DE REGULACION DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

A la luz de las ideas expuestas, ¿cual sería la propuesta de política para países en desarrollo en sus negociaciones internacionales, particularmente en convenios bilaterales, el ALCA y la OMC?

(i) En el plano doméstico, los países importadores de tecnología no tienen más

remedio que instrumentalizar políticas de competencia para arbitrar, dentro del marco de reglas permitidas bajo ADPIC, cierta flexibilización de la rigidez causada por los monopolios legales. Para ello, deberán superarse las indefiniciones sobre el tratamiento jurídico de los temas de propiedad intelectual con incidencia en el campo de la competencia. Como quiera que es improbable que el instrumental de las políticas de competencia permita resolver estos asuntos, muy posiblemente la controversia entre titulares de patentes y competidores en el mercado se mantendrá viva, circunscrita en el campo de la obtención de rentas monopólicas, en vez de la producción de nuevas tecnologías e innovación competitiva. Las agencias de propiedad intelectual continuarán teniendo una gran responsabilidad en evitar el otorgamiento de patentes excesivamente “amplias”.

Por ello, se sugiere enfatizar el rol de la oficina de patentes, en el examen de los criterios utilizados para la concesión de la patente y otros DPI, y una mayor participación de las agencias de competencia, para vigilar por el comportamiento competitivo de las empresas titulares de los mismos. La orientación de políticas debe insistir en aplicar el marco vigente de la manera que mejor favorezca el objetivo de política pública de los países en desarrollo, esto es, preservar la competencia. En este sentido, sería recomendable aplicar normas más estrictas sobre el ámbito de la patentabilidad, para reducir el número de patentes otorgadas. Este régimen estaría acompañado de un mayor énfasis en los modelos de utilidad, como alternativa menos rígida que las patentes.

(ii) En el plano internacional, es conveniente oponer los estándares multilaterales de ADPIC, a los estándares ADPIC-plus

establecidos en negociaciones bilaterales. Asimismo, se propone insistir en la negociación de una mayor flexibilización de los estándares multilaterales, sobre la base de una reducción sustancial de la protección temporal, a cambio de una reglamentación más precisa de las causales de orden público para la concesión de licencias obligatorias. La solución consistente en dictar medidas para corregir unilateralmente el abuso de una patente, no es la más aconsejable para propiciar un diálogo constructivo, si bien puede ser la única herramienta efectiva para llamar la atención sobre el desbalance que reviste el sistema internacional actual. Además, para ser efectivas, mucho cuenta el poder de negociación del país respectivo, por lo que sería preciso articular alianzas estratégicas entre países, lo que no aparece claro, dado el evidente interés por aparecer ante los ojos de inversionistas extranjeros como los oferentes de condiciones más generosas a la inversión.

Se debe insistir en la incongruencia de un régimen legal de monopolio legal con la lógica misma de un proceso económico competitivo, evolutivo y cambiante. Los países esencialmente importadores de tecnología deben identificar claramente su objetivo, a saber, el desmantelamiento del sistema actual, para lo cual pueden comenzar por proponer un régimen legal que ofrezca, como lo sugiere REICHMAN (2003) un sistema de compensaciones por quienes pretendan utilizar una tecnología desarrollada por otro sujeto.

BIBLIOGRAFÍA

- BAUMOL, WILLIAM (1990). "Entrepreneurship: Productive, Unproductive, and Destructive", 98 *Journal of Political Economy*, 893-921.
- COASE, R. H. "The Nature of the Firm", 4 *Economica n. s.* [Nov. 1937]: 386-405.
- COLE, JULIO (2001). "Patents and Copyrights: Do the Benefits Exceed the Costs?", 15 *Journal of Libertarian Studies*, 79-105.
- Comisión del Reino Unido sobre Derechos de Propiedad Intelectual-CRUIPI (2002). Integrando los Derechos de la Propiedad Intelectual y las Políticas de Desarrollo, Informe Final de la Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual [www.iprcommission.org].
- DE BROCK, LAWRENCE (1985). "Market Structure, innovation and optimal Patent Life", 28 *Journal of Law and Economics*, (1), 223-44.
- DE LEON, IGNACIO (2001). "The enforcement of competition policy on intellectual property and its implications on economic development: the Latin American experience", 5 *The Journal of World Intellectual Property*: 729-740.
- Federal Trade Commission (2003). To Promote Innovation: Competition and Intellectual Property Law and Policy in the Knowledge-Based Economy [www.ftc.gov/opp/intellect/].
- FOSS, NICOLAI. "On the relations between Evolutionary and Contractual Theories of the Firm", *DRUID Working Paper n.º 97-4*, Copenhagen, Department of Industrial Economics and Strategy, Copenhagen Business School, 1997.
- FOSS, NICOLAI. "Firms and the Co-ordination of Knowledge: some Austrian Insights", *DRUID Working Paper n.º 98-19*, Copenhagen, Department of Industrial Economics and Strategy, Copenhagen Business School, 1998.
- HARPER, DAVID (1998). "Institutional Conditions for Entrepreneurship", 5 *Advances in Austrian Economics*, 241-275.
- KAMIEN, MORTON y SCHWARTZ NANCY (1974).

- “Patent Life and R&D Rivalry”, 64 *American Economic Review*, (March), 183-7.
- KAPCZYNSKI, AMY. “Strict International Patent Laws Hurt Developing Countries”, *YaleGlobal*, 16 December 2002.
- KINSELLA, N. STEPHAN (2001). “Against Intellectual Property”, 15 *Journal of Libertarian Studies*, 1-53.
- KIRZNER, ISRAEL (1973). *Competition and Entrepreneurship*, Chicago, University of Chicago Press.
- KIRZNER, ISRAEL (1982). “Uncertainty, Discovery and Human Action: A study on the Entrepreneurial Profile in the Misesian System”, *Method, Process and Austrian Economics, Essays in Honor of Ludwig Von Mises*, I. KIRZNER (ed.), Lexington Lexington Books.
- KUHN, THOMAS (1970). *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, The University of Chicago Press.
- MARTÍNEZ MEDRANO, GABRIEL (2002). *El Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia*, Buenos Aires, Edit. Lexis Nexis De Palma.
- MARTIN, STEPHEN (1993). *Advanced Industrial Organization*, Oxford, Blackwell Publishers.
- MASKUS, KEITH and GUIFANG YANG (1997). “Intellectual Property rights, Foreign Direct Investment, and Competition Issues in Developing Countries”, *Policy Discussion Paper* n.º 97/09, Centre for International Economic Studies, University of Adelaide.
- NELSON, RICHARD and SIDNEY WINTER (1982), *An evolutionary theory of economic change*, Belknap Press, Cambridge, Mass.
- PENROSE, EDITH (1959). *The Theory of Growth of Firms*, Basil Blackwell and New York: John Wiley & Sons, Oxford.
- REICHMAN, J. H. (2003). *Managing the Challenge of a Globalized Intellectual Property Regime*, ICTSD-UNCTAD Dialogue, 2nd Bellagio Series on Development and Intellectual Property, 18-21 Sept. 2003.
- RICHARDSON, G. B. *Information and Investment*, London, Oxford University Press, 1960.
- RICHARDSON, G. B. (1972). “The Organization of Industry”, *Firms, Organizations and Contracts*, P. BUCKLEY and J. MICHIE (eds.), Oxford, Oxford University Press, 1996.
- SACHS, JEFFREY (2000). “A new map of the world”, *The Economist* [http://www.cid.harvard.edu/cidinthetnews/articles/Sachs_on_globalisation.htm].
- SELA (1995), El Acuerdo TRIPS y el Comercio Internacional: efectos sobre América Latina y el Caribe [<http://lanic.utexas.edu/~sela/AA2K/ES/docs/tripdt24.htm>].
- SCHUMPETER, JOSEPH [1942] 1950. *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, Harper & Row Publishers.
- TROULLER, P. et ál. (2002). “Drug Development for Neglected Diseases: a Deficient Market and a Public Health Policy Failure”, *The Lancet*, vol. 359, pp. 2188-94.
- UNCTAD (2002). Competition Policy and the Exercise of Intellectual Property Rights, TD/B/COM.2/CLP/22/Rev.1.
- WILLIAMSON, OLIVER E. (1975). *Markets and Hierarchies: analysis and Antitrust implications. A study in the economics of internal organization*, New York, Colling MacMillan.
- WILLIAMSON, OLIVER E. (2000). “The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead”, 38 *Journal of Economic Literature*, (3): 595-613.
- YERGIN, DANIEL and JOSEPH STANILAW (2002). *Commanding Heights*, New York, Joseph, Simon & Schuster Inc.