

# La Propiedad Intelectual e Industrial: garantía para la economía del conocimiento

Monografía 16  
Madrid, marzo 2009

© 2009, Círculo de Empresarios  
Pº de la Castellana, 28046 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de esta publicación, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio ya sea electrónico, mecánico, por fotocopias, por registro u otros métodos, sin permiso previo y por escrito de los titulares del *copyright*.

Los trabajos reflejan las opiniones de los colaboradores, sin implicar necesariamente identificación del Círculo de Empresarios en su contenido.

Depósito legal:

Diseño de la colección: Miryam Anllo  
m.anllo@telefonica.net

Realización editorial: LOFT Producción Gráfica.

Martín Machío, 15. 28028 Madrid

comercial@loft-prg.com

Imprime: ATIG. Parque Empresarial Neinor-Henares.

Edificio 3 - Nave 10. 28880 Meco (Madrid)

## Índice

Prólogo	7
<i>Alberto Casado Cerviño</i>	
1. Panorama actual de la lucha internacional contra la falsificación de marcas	13
<i>Antonio Castán y Javier Fernández-Lasquetty</i>	
2. La Armonización Internacional del Sistema de Patentes	55
<i>Alberto de Elzaburu y Enrique Armijo</i>	
3. El acuerdo ADPIC de la Organización Mundial del Comercio y la transferencia de tecnología	107
<i>Miquel Montañá Mora</i>	
4. Los derechos de propiedad intelectual e industrial (P.I.): importancia e implicaciones en la competitividad de la economía española	165
<i>Rafael Pampillón Olmedo</i>	
5. Últimos títulos publicados en la colección MONOGRAFÍAS	195

# Prólogo

**Prólogo de D. Alberto Casado Cerviño  
Director General de la Oficina Española  
de Patentes y Marcas (OEPM)**

En una sociedad como la nuestra, donde lo que prima es el conocimiento, la información y la competitividad por encima de otras consideraciones, resulta fundamental la protección de los resultados derivados de este conocimiento, de la actividad competitiva y de la actividad creativa de las personas. En definitiva, la protección de los derechos de Propiedad Intelectual e Industrial (DPI).

A nivel internacional, la inquietud por la salvaguardia de los derechos de Propiedad Intelectual e Industrial ya comenzó a finales del siglo XIX, cristalizando en la firma de los diferentes tratados en esta materia.

A día de hoy, resulta innegable el avance imparable de los derechos de Propiedad Intelectual en su significación más amplia, que indiscutiblemente son uno de los motores de la economía global.

Es ahora, y en el contexto de crisis generalizada en todo el mundo, cuando más se evidencia la necesidad de defender y potenciar la Propiedad Intelectual e Industrial, ya que sólo así podremos seguir preservando los resultados de la investigación y el conocimiento, con la aspiración de poder mejorar nuestra posición en los mercados, nuestras empresas y nuestras condiciones de vida.

En el marco de la competitividad, la protección de la Propiedad Intelectual e Industrial resulta un pilar primordial. Y lo es en particular para toda empresa que debe usar y proteger algún título de propiedad industrial que le permite diferenciarse de las demás y que le puede aportar una ventaja diferenciadora sobre sus competidoras. Aún en el caso de que una empresa no tuviera sus marcas registradas, debe tener en cuenta los derechos de PI de sus competidores, debiendo actuar con precaución para no llegar a infringirlos.

La importancia de la Propiedad Industrial también se refleja en el ámbito de la transferencia de tecnología, ya que canaliza el progreso y la evolución de las investigaciones científicas y tecnológicas, permitiendo alcanzar unos avances de mayor calado por el propio efecto multiplicador.

Sin embargo, es en el ámbito de la lucha contra la piratería donde tal vez se aprecie con mayor nitidez la importancia real de los derechos de Propiedad Intelectual e Industrial. Si no se protegen los DPI no se podrá hacer frente a la lucha que supone el fenóme-

no de la piratería, ya que las infracciones cometidas resultan mucho más claras, y por desgracia en la actualidad, más numerosas.

La publicación de esta monografía, surge así en un momento propicio y adecuado. La misma trata con criterio actual los distintos temas que aborda, por lo que, estoy seguro de que tendrá una muy buena acogida, no sólo en los sectores especialmente interesados por la Propiedad Intelectual e Industrial, sino en la sociedad en general.

En una perspectiva global del panorama español de defensa de los derechos de propiedad intelectual e industrial resulta especialmente apropiada la publicación de una monografía de estas características, que ha conseguido condensar los aspectos más importantes de esta materia que nos ocupa.

Esta obra nos ofrece una visión muy completa sobre la PI, abordando la misma desde diferentes ángulos, que al mismo tiempo se complementan entre sí para llegar a formar un todo unitario del que se desprenden las características intrínsecas de la misma.

La importancia de esta monografía radica en el origen dispar de cada uno de los autores, procedentes de la Universidad, de la empresa y de los sectores jurídicos, lo que posibilita diferentes enfoques del mismo problema.

En la primera de las ponencias, ordenadas alfabéticamente, los profesores Antonio Castán y Javier Fernández-Lasquetty hablan de la usurpación de las marcas y de la importancia de la lucha contra la piratería, partiendo del impacto de la falsificación de marcas en el comercio internacional analizando diversos informes del año 2008, para pasar a exponer seguidamente las diferentes iniciativas en el plano internacional.

Por otro lado, realiza un pormenorizado estudio de la situación de la falsificación de marcas en España, detallando la acción policial y aduanera, las reformas introducidas en el marco legal español y las diferentes iniciativas en el plano político.

Entre las reflexiones finales, merece ser destacada que la falsificación de marca no atañe únicamente a las multinacionales o las marcas de lujo, sino que es un problema que afecta también a la pyme, por lo que la misma debe ser consciente de los riesgos a los que puede exponerse.

El segundo de los artículos habla sobre la armonización internacional del Sistema de patentes. En ella los autores, Alberto Elzaburu y Enrique Armijo, nos presentan mediante un recorrido a través de la historia el largo camino de la protección de las invenciones por medio de los derechos de Propiedad Industrial.

Se detallan en el mismo los diferentes tratados en materia de patentes, tanto a nivel europeo, como a nivel mundial. Se incide de un modo especial en el Tratado de Cooperación en materia de

Patentes (PCT), en el Acuerdo ADPIC (Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio), y en el Convenio de la Patente Europea (CPE).

Las interesantes conclusiones finales exponen la dificultad de encontrar un equilibrio razonable en el Sistema internacional de patentes. En particular, nos advierten de los peligros y los inconvenientes de una excesiva armonización, ya que, entre otros, según los autores, esto conllevaría un beneficio desmesurado de las grandes firmas internacionales. Se destaca por otro lado la necesaria simplificación lingüística del sistema, sin perjuicio de abandonar el español como idioma tecnológico. Se habla por último, del mal uso que se está haciendo de las patentes en determinados sectores financieros, perdiendo de este modo su finalidad industrial.

Las últimas consideraciones apuntan a la necesidad de encontrar un equilibrio entre las economías industrialmente más desarrolladas y los países receptores de tecnología.

El tercero de los artículos está dedicado a la transferencia de Tecnología y el Acuerdo ADPIC de la Organización Mundial del Comercio. Miquel Montañá Mora explica a lo largo de su trabajo que para que el sistema de Propiedad Industrial sea realmente eficaz, debe favorecer la transferencia de tecnología en cualquiera de sus variantes. Ahí radica la importancia del ADPIC en materia de transferencia de tecnología, como acuerdo que establece las reglas del juego, detallándose algunas de éstas en la obra.

Se resalta la importancia de este acuerdo, ya que con sus prácticas medidas se han logrado más resultados en el ámbito del desarrollo tecnológico de los países menos desarrollados que con algunas de las propuestas, bien intencionadas e idealistas, formuladas desde otros organismos internacionales.

Finaliza el autor con una mirada esperanzada hacia el futuro, argumentando que “muchas veces se olvida que ayudar a los países menos adelantados no sólo es un deber ético (...), y jurídico, sino también una oportunidad”.

En el último de los artículos el autor, Rafael Pampillón, aborda la cuestión macroeconómica, resaltando la importancia de una correcta definición y defensa de los derechos de Propiedad Intelectual e Industrial. Tal y como expone a lo largo de su escrito, son las instituciones competentes las que deben realizar una labor de sensibilización de la PI que conlleve una protección de los derechos, y por ende un correcto funcionamiento del mercado.

En el trabajo se estudia en detalle el posicionamiento económico y competitivo de España frente al resto del mundo analizándose su evolución tecnológica, el comercio exterior y los propios derechos de PI, todo ello con el fin de determinar las posibilidades de mejora de su nivel económico.

# Panorama actual de la lucha internacional contra la falsificación de marcas

## 1. Introducción

La falsificación de marcas (*counterfeiting*) y la usurpación de derecho de autor (*piracy*), fenómeno comúnmente conocido como

\* Es Abogado del Ilustre Colegio de Madrid desde 1985 y Profesor de Derecho Procesal en la Universidad Pontificia Comillas de Madrid desde 1986. Su trayectoria profesional ha girado siempre en torno al ejercicio de acciones civiles y penales en propiedad industrial, derecho de autor y competencia desleal. Socio actual desde enero de 1998 de la firma ELZABURU Abogados y Agentes de la Propiedad Industrial e Intelectual, donde dirige el Área de Litigios. Profesor invitado del «Magister Lucentinus» de la Universidad de Alicante desde 1996, donde imparte anualmente, en el Módulo sobre Derechos de Autor, las lecciones correspondientes a “Acciones y Procedimiento”. Participa asiduamente en Congresos, nacionales e internacionales, en materia de propiedad intelectual e industrial. Autor de un número importante de publicaciones.

\*\* Es Abogado colegiado desde 1980, actualmente es socio de la firma ELZABURU. Ha sido responsable jurídico de diversas compañías de tecnologías de la información y consultoría tecnológica y socio responsable del área de Propiedad Industrial e Intelectual de un despacho multinacional. Interviene en asesoramiento, contratos y litigios en materias como marcas, patentes, competencia desleal, software, derechos de autor (especialmente



*piratería comercial*, ha sido objeto en los últimos años de una atención especial en los medios. El daño que representa para la industria, aderezado habitualmente con las correspondientes estadísticas, es un lugar común en todas las publicaciones. El mensaje que pretende ser transmitido al respecto –la necesidad de reforzar los instrumentos de defensa y las sanciones- empieza a convertirse en un tópico que, a fuerza de ser repetido, pierde toda su capacidad de persuasión. La realidad, empero, es que nada de eso ha impedido que la *piratería comercial* siga creciendo y haya alcanzado con el paso de los años unas proporciones escalofriantes.

El presente trabajo, cuyo ámbito se circunscribe a la falsificación de marcas, aspira a poner de relieve que el problema al que nos enfrentamos, aunque pueda sonar algo manido, presenta una dramática actualidad ante la que no cabe esconder la cabeza o cerrar los ojos. Los pliegues en que se manifiesta afectan a todas las esferas de la organización social y el riesgo de que el fenómeno devenga una suerte de quiste irreversible exige una acción firme y decidida en todos los planos. Las iniciativas y trabajos que se han sucedido muy recientemente a propósito de esta lacra, a los que haremos oportuna referencia, inciden en ciertas premisas que se erigen en hilo conductor de nuestras reflexiones, a saber:

producción audiovisual y edición literaria) y publicidad. Desde 1988 es profesor de Derecho de Propiedad Industrial e Intelectual en el IE Law School, Instituto de Empresa, en dos de sus programas LLM, así como Director del Programa Avanzado de Propiedad Industrial e Intelectual de dicha institución. Es miembro del panel de mediadores y árbitros de la OMPI y participa activamente en asociaciones profesionales relacionadas con su actividad, como son INTA, AIPPI, LES y ALAI.

(a) Que la falsificación de marcas ha dejado de ser un fenómeno *local* para convertirse en una verdadera epidemia *global* que afecta casi por igual a todos los países y economías.

(b) Que estamos ante un problema que ha dejado de ser patrimonio exclusivo de las grandes empresas -de las marcas renombradas y de prestigio- para extender sus efectos a la pequeña y mediana empresa (pyme), esto es, a cualquier compañía cuyos signos distintivos comiencen a recibir el favor del consumidor. El parasitismo comercial se desata tan pronto como la marca representa un reclamo para atraer la atención del consumidor.

(c) Que el fenómeno ha dejado de ser un problema *privado* de las empresas, para transformarse en una amenaza económica para los Estados que puede mermar sensiblemente sus balanzas de pago y pervertir las propias leyes del mercado.

(d) Que la falsificación de marca ha dejado de ser, por sus dimensiones, un problema secundario o accesorio: constituye una prioridad absoluta en los objetivos de cualquier Gobierno cualquiera que sea el signo político a que responda.

(e) Que los instrumentos con que los ordenamientos dotan a los titulares de derechos para la lucha contra la falsificación de marcas se vuelven papel *mojado* ante las nuevas manifestaciones de la *piratería comercial*, particularmente en lo que se refiere al tráfico de mercancías a través de Internet o piratería *on line*.

## 2. El impacto de la falsificación de marcas en el comercio internacional

### 2.1. El Informe OCDE de junio de 2008 sobre el impacto económico de la piratería comercial

Como es bien sabido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es una institución internacional integrada por treinta países que cuenta con una trayectoria de más de 40 años de experiencia en el apoyo al crecimiento económico. Su prestigio en la elaboración de estudios estadísticos y su influencia política están fuera de toda duda.

En el año 2005 la OCDE, respondiendo a las preocupaciones suscitadas en torno a la *piratería comercial*, se propuso evaluar el impacto de este fenómeno sobre el crecimiento y desarrollo de las economías. Tres años más tarde, en junio de 2008, el resultado de sus trabajos ha visto la luz. Se trata de un dictamen titulado "*The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*", de casi 400 páginas, cuyas conclusiones evidencian la magnitud del fenómeno.<sup>1</sup> En lo que concierne a la falsificación de marca el contenido de este exhaustivo análisis puede resumirse como sigue:

(a) Los productos con usurpación de marca están siendo fabricados y consumidos, virtualmente, en todas las economías. El dictamen identifica cerca de 150 países en los que productos de esta clase han sido interceptados. Aunque Asia emerge como la fuente más importante, el estudio destaca que 27 de entre los 30 países miembros de la propia OCDE son *productores* también de estas falsificaciones.

(b) En los años más recientes se puede experimentar una alarmante expansión de los tipos de productos víctimas de la usurpación: los artículos de lujo, tales como los relojes o las grandes marcas de prendas de vestir, han dado el relevo a otros muchos productos que afectan directamente a la seguridad y a la salud de los ciudadanos (productos farmacéuticos, alimentación, equipamiento médico, cuidado personal, juguetes, tabaco, piezas para automóviles, etc.). El listado ilustrativo de productos sujetos a esta clase de infracciones comprende prácticamente todos los sectores de la industria y del comercio: textil, automoción, químico, electrónica, alimentación, perfumería.

(c) Las cifras que cuantifican el daño sobrepasan ya toda medida: el análisis sugiere que en 2005 el comercio internacional de productos falsificados superaría los 200 billones de dólares (USD). Y este importe sólo se referiría al tráfico transfronterizo de mercancía falsificada, lo que excluye la piratería *doméstica* (aquella en que los productos son fabricados y consumidos dentro del territorio nacional) y la piratería *on line* (en la que los productos son distribuidos a

<sup>1</sup> El documento completo, al igual que un *Executive Summary*, se encuentra accesible en el sitio de Internet de la OCDE [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

través de Internet). De incluirse estas otras manifestaciones del fenómeno, la cifra se duplicaría o triplicaría.

(d) La falsificación de marca despliega sus efectos sobre todas las esferas de la economía internacional: el orden socio-económico (compromete los procesos de innovación y crecimiento, fomenta la evasión de impuestos, contribuye a sostener el tráfico de drogas, alimenta la criminalidad organizada, perjudica el medio ambiente, disminuye la creación de empleo y afecta directamente a las inversiones extranjeras); la posición económica de los titulares de derechos (disminuyen sus ventas, el precio de los productos originales se ve alterado, los royalties caen, los estímulos para invertir en nuevos productos se desvanecen, el prestigio y reputación de sus marcas se resiente); los derechos de los consumidores (la escasa calidad del producto y la ausencia de control y de responsabilidad multiplica los riesgos sobre la integridad y la salud de los consumidores en mercados tan sensibles como el del automóvil, los componentes eléctricos, las bebidas y alimentos o los fármacos); y sobre los propios gobiernos (pérdidas de impuestos, aumento de los gastos por las acciones aduaneras y las responsabilidades económicas por los daños colectivos, casos de corrupción).

(e) Los canales de distribución de productos con usurpación de marca están asimismo evolucionando y expandiéndose. Este tipo de productos no aparece sólo ya en los tradicionales *mercadillos* o en las calles y avenidas de las ciudades, sino en tiendas y cadenas ya establecidas y de prestigio. Internet, para colmo, ofrece a los

infractores un nuevo y poderoso medio para el tráfico de sus mercancías a través del comercio electrónico. Los factores ventajosos que implica esta piratería *on line* son claros: el anonimato, la flexibilidad, la multiplicación del mercado, la disminución en los costes, la facilidad del engaño.

(f) Las mafias y organizaciones criminales están adquiriendo un significativo papel en esta clase de defraudaciones. La rentabilidad altísima de la *piratería comercial* y la práctica impunidad con que se opera, constituyen un reclamo importante para las tríadas asiáticas y para los grupos mafiosos, en Europa y América, habitualmente envueltos en tráfico de heroína, prostitución, extorsión, blanqueo de dinero e inmigración ilegal. La propia INTERPOL ha detectado vínculos entre la *piratería comercial* y la financiación del terrorismo.

(g) Los costes asociados a la lucha contra la *piratería comercial* desbordan totalmente las posibilidades de las empresas. Hay que tener presente que estos costes no comprenden únicamente los gastos que deben afrontar los titulares de derechos para emprender acciones contra los infractores. Los costes abarcan asimismo la inversión en la modificación del producto para prevenir o dificultar la copia, la introducción en los envoltorios y empaquetados de los mecanismos tecnológicos que permiten detectar las copias y/o seguir el trazo a los productos originales, la programación de campañas publicitarias para despertar la sensibilidad de los consumidores y la atención a reclamaciones derivadas de la adquisición o utilización de productos falsificados.

Estas realidades que destaca el informe son posteriormente extrapoladas a cada uno de los sectores de la industria y del comercio en que se manifiesta la *piratería comercial*. El estudio propone un conjunto de medidas para combatir la *piratería comercial* que se extienden al campo tecnológico, legislativo, educacional y judicial. Pero el común denominador es bien claro: nadie puede sentirse ajeno al problema.

## 2.2. La Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre de 2008, sobre el impacto de las falsificaciones en el comercio internacional

Al hilo de los trabajos elaborados por la OCDE, el Parlamento Europeo, el pasado 18 de diciembre hizo pública una Resolución por la que se adhiere y *solidariza* con quienes abrazan la causa de la defensa de los derechos de propiedad industrial e intelectual contra la *piratería comercial*.<sup>2</sup>

La Resolución parte de ciertas consideraciones que entroncan con lo apuntado en el informe de la OCDE -pero que inciden también en otros aspectos novedosos- para solicitar formalmente a los Estados miembros y a la Comisión la adopción de medidas específicas. En lo que a nosotros nos concierne bastará con reparar en los siguientes aspectos:

<sup>2</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre de 2008, sobre el impacto de las falsificaciones en el comercio internacional (2008/2133INI).

(a) El Parlamento Europeo comienza por identificar las aristas del problema con mayor incidencia en el seno de la Unión Europea, señalando al respecto:

- Que para cumplir los objetivos de la Agenda de Lisboa renovada, es necesario luchar de forma eficaz contra el fenómeno de la falsificación.

- Que la Unión Europea es el segundo mayor importador de bienes y servicios y que la extrema apertura y transparencia de su mercado único ofrece enormes oportunidades, pero al mismo tiempo presenta graves riesgos de invasión de productos falsificados.

- Que la economía de la Unión Europea se ha especializado en productos de alta calidad y con un elevado valor añadido, muchos de ellos protegidos por marcas, patentes o indicaciones de origen que, por su propia naturaleza, son las víctimas más propicias a la falsificación.

- Que el fenómeno de la falsificación y la piratería tiene consecuencias alarmantes para la economía de la Unión Europea y el sistema socio-económico comunitario, al reducir los incentivos para la innovación, lo que dificulta la inversión extranjera directa, resta puestos de trabajo cualificados a la industria y crea las bases para el desarrollo de un sistema económico sumergido, paralelo al sistema legal, controlado por la delincuencia organizada.

- Que la falsificación causa graves daños al medio ambiente, tanto por la insuficiencia de las normas de calidad de los productos falsificados como por el elevado costo de su eliminación y destrucción.

(b) La Resolución presta especial atención a la incidencia de la *piratería comercial* sobre las pequeñas y medianas empresas (pyme). Los aspectos que destacan sobre este particular son éstos:

- Que la competitividad en Europa está tradicionalmente ligada a la calidad de la mano de obra y, cada vez más, y especialmente para las pyme, a la investigación y el desarrollo, la innovación y los derechos de propiedad intelectual.

- Que el acceso a los procedimientos para luchar contra los productos falsificados resulta complicado, costoso y requiere mucho tiempo, especialmente para las pyme.

- Que es necesario establecer o facilitar un servicio de asistencia para las pyme, integrado preferiblemente con otros servicios de asistencia, a fin de auxiliarlas en los procedimientos para abordar la cuestión de los productos falsificados.

- Que las instituciones europeas deben hacer todo lo posible para que las pyme estén en condiciones de defender sus derechos, especialmente en lo que respecta a la violación de los derechos de propiedad intelectual en terceros países.

- Que los Estados miembros deben animar a las empresas a proteger sus productos y servicios mediante el registro de marcas, diseños, patentes, etc. a fin de poder hacer valer mejor sus derechos de propiedad intelectual.

(c) En lo que se refiere a las *peticiones* que la Resolución formula a la Comisión y a los Estados miembros, llama la atención la insistencia en aspectos como éstos:

- Que es necesaria la puesta en marcha de iniciativas específicas, con una financiación adecuada, a favor de la mayor propagación de la educación de los consumidores en Europa y en los países en desarrollo, a fin de evitar los riesgos asociados a los productos falsificados potencialmente peligrosos.

- Que la lucha contra la falsificación y la piratería exige la negociación de acuerdos bilaterales, regionales y multilaterales para la aproximación de las legislaciones y su efectiva aplicación, incluido un protocolo sobre la falsificación que se constituya en anexo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo).

- Que son necesarias medidas especiales para fortalecer la coordinación entre las aduanas, el poder judicial y la policía de los países interesados.

### 2.3. El Informe de mayo de 2008 sobre las medidas en frontera en el ámbito de la Unión Europea

Uno de los termómetros más eficaces para medir el impacto de la falsificación de marca es la acción de las autoridades aduaneras. Se recordará que la Unión Europea cuenta con un régimen común de medidas en frontera – el Reglamento 1383/2003 y su Reglamento de ejecución nº 1891/2004- que permite la incautación por las autoridades aduaneras de mercancía sospechosa de vulneración de derechos de marca y derechos de autor procedente de países ajenos a su territorio.<sup>3</sup>

El pasado 19 de mayo de 2008 la Comisión Europea publicó un esclarecedor informe estadístico sobre los resultados de las acciones aduaneras practicadas en 2007 en los 27 Estados.<sup>4</sup> Los datos más relevantes pueden ser agrupados, para el propósito de nuestro trabajo, en la forma siguiente:

(a) El informe comienza por subrayar que el volumen de mercancías intervenidas por las aduanas ha aumentado sensiblemente. Aunque esta información pudiera crear la apariencia de que los mecanismos de protección del derecho son ahora más efectivos,

<sup>3</sup> El Reglamento 1383/2003 relativo a la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual que vino a reemplazar al Reglamento anterior de 1994.

<sup>4</sup> *Report on Community Customs Activities on Counterfeit and Piracy. Results at the European Border – 2007*, disponible en el sitio de Internet [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).

la impresión que subyace es que la piratería comercial sigue aumentando. El siguiente cuadro demuestra el aumento imparable, con el devenir de los años, en el número de intervenciones:

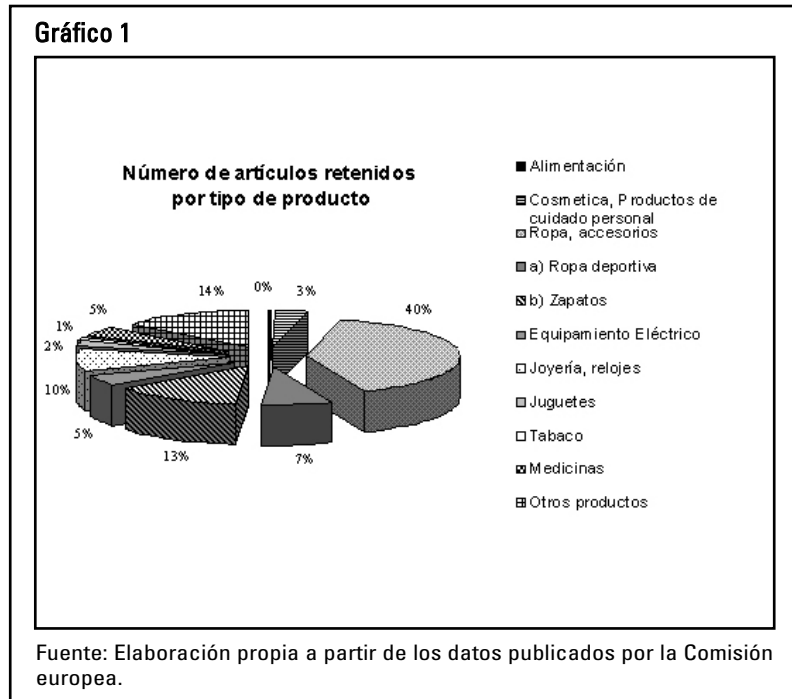
**Cuadro 1**

Numero de Casos	
1999	4.699
2000	6.253
2001	5.056
2002	7.553
2003	10.709
2004	22.311
2005	26.704
2006	37.334
2007	43.671

Fuente: Comisión Europea.

(b) Las falsificaciones afectan a un gran número de sectores comerciales y productos. Ni mucho menos son sólo las marcas de artículos de lujo las víctimas de estas defraudaciones. Aunque el número de casos se concentra mayoritariamente en prendas de vestir, el volumen de mercancía se reparte entre diversos sectores. El gráfico siguiente ejemplifica elocuentemente esta afirmación:<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Salvo que se indique lo contrario los cuadros y gráficos que se reproducen en este trabajo son los propios incluidos en el Informe publicado por la Comisión Europea. Este gráfico, en particular, ha sido elaborado por los autores de este trabajo a partir de los datos incluidos en el informe.



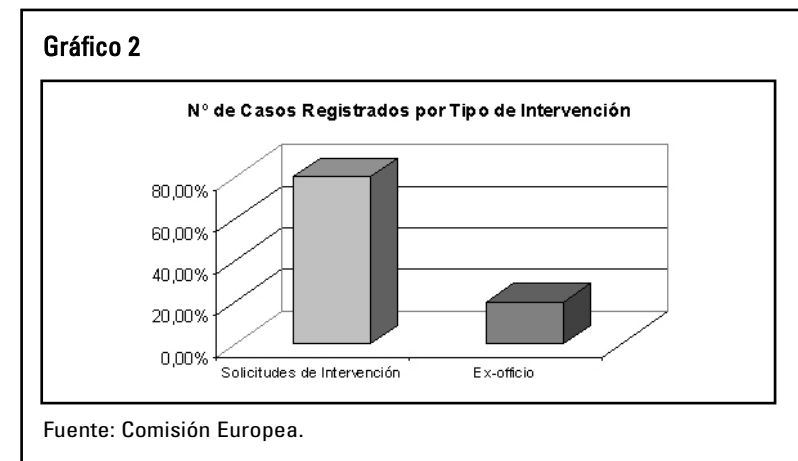
(c) Es importante subrayar que el número de Solicitudes de Intervención Aduanera se ha incrementado notablemente. Estas Solicitudes son las que hacen posible, a instancia de los titulares de derechos, la vigilancia automática de las fronteras por parte de sus Autoridades. Si la marca no ha sido *registrada* ante las aduanas mediante la presentación de estas Solicitudes, cabe todavía una actuación de oficio cuando se sospeche que la mercancía puede ser falsificada. Pero la efectividad del sistema decrece y las dificultades para el titular del derecho aumentan en la misma proporción. El cuadro 2 y el gráfico 2 que reproducimos seguidamente revelan el aumento en estas solicitudes y la insignificancia de las actuaciones

*ex officio* comparadas con los casos en que las aduanas han intervenido previa concesión de la protección:

**Cuadro 2**

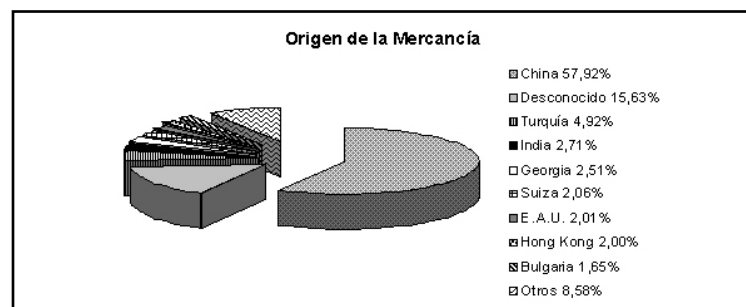
Año	Solicitudes
2000	981
2001	1.281
2002	1.671
2003	1.886
2004	2.888
2005	5.525
2006	7.160
2007	10260

Fuente: Comisión Europea.



(d) El origen de la mercancía sigue situando a China en el punto de mira. Casi el 60% del volumen total de mercancía intervenida procede de este país. Pero no cabe despreciar otras fuentes:

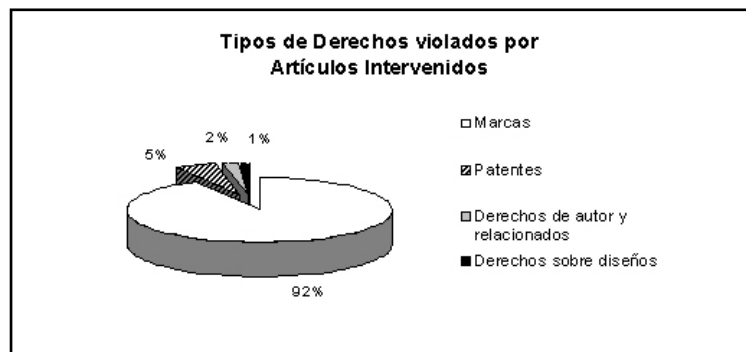
Gráfico 3



Fuente: Comisión Europea.

(e) Finalmente la mayoría de los artículos intervenidos afectaron al derecho de marcas. Sólo en un porcentaje exiguo la acción de las aduanas se basó en derechos de patente, en derechos sobre diseños o en derechos de autor.

Gráfico 4



Fuente: Comisión Europea.

Estos datos acentúan la realidad apuntada por el informe OCDE.

### 3. Las iniciativas en curso en el plano internacional

#### 3.1. El Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)

En 2007 un grupo de países de las economías desarrolladas y emergentes –Australia, Canadá, Japón, Corea, México, Marruecos, Nueva Zelanda, Singapur, Suiza y los Estados Unidos- emprendieron la negociación de un Acuerdo internacional para la lucha contra la falsificación. A este grupo de países se sumó, desde el 14 de abril de 2008, la Unión Europea. El ACTA se encuentra todavía en negociación y los textos provisionales que circulan por la red no cuentan con el beneplácito de los artífices del proyecto.<sup>6</sup> La última ronda en la negociación tuvo lugar en París a mediados de diciembre de 2008 y todavía no se ha aprobado un calendario concreto para la culminación del proceso. Pero la posición europea en torno a los tres componentes básicos que integraría el ACTA parece clara:

(a) El ACTA se propone establecer mecanismos de cooperación internacional que favorezcan la lucha contra la *piratería comercial*. Estos mecanismos pasan por compartir información y por la colaboración entre las autoridades competentes para la ejecución de sentencias o las medidas en frontera. Los estándares que se establezcan al efecto se ofrecerían a todos aquellos países que desearan firmar el Acuerdo.

<sup>6</sup> La Comisión Europea publicó en noviembre de 2008 un Fact sheet que pretende explicar los objetivos de la negociación del ACTA. Su texto se encuentra disponible en su sitio de Internet.



(b) El ACTA debe tener presente la situación en que se encuentran los países menos desarrollados y de economías emergentes. Al margen de la cooperación necesaria con países como China o Rusia para acabar con la sistemática vulneración a que están expuestas las compañías europeas en sus territorios, el ACTA debe contemplar mecanismos transitorios, de asistencia técnica y de medidas constructoras que permitan a estos países suscribir el Acuerdo en el futuro.

(c) El ACTA deberá fortalecer y unificar el contexto legal para la defensa de los derechos de propiedad intelectual. Las áreas que deberán ser reguladas, en línea con los propios instrumentos normativos de que ya goza la Unión Europea, serían las siguientes:

- las medidas en frontera, para incrementar la cooperación entre los titulares de derechos y las autoridades aduaneras;
- las acciones civiles, para extender los mecanismos ya disponibles sobre este particular en Europa a raíz de la Directiva Comunitaria 48/04 sobre ampliación de los medios de tutela de los derechos de propiedad industrial e intelectual;
- las acciones penales, para establecer estándares efectivos en la persecución penal de este tipo de defraudaciones; y
- la distribución por Internet e información tecnológica, a fin de contribuir a la definición de la responsabilidad de los proveedores

de servicios con respecto a la infracción de derechos de propiedad intelectual.

El Parlamento Europeo, en su Resolución de 18 de diciembre de 2008, ya comentada, se hace eco precisamente de esta iniciativa y pide expresamente a la Comisión y a los Estados miembros que negocien el ACTA en condiciones de la máxima transparencia para los ciudadanos de la Unión Europea, especialmente por lo que se refiere a las definiciones de los términos “*falsificación*” y “*piratería*” y las sanciones penales previstas. Consciente sin duda de las dificultades que entraña la unificación del Derecho Penal en el ámbito de la Unión Europea, el Parlamento advierte que aún no es seguro que el Tratado CE ofrezca un fundamento jurídico para la adopción de medidas comunitarias que establezcan el tipo y el grado de las sanciones penales, expresando sus dudas acerca de las competencias de la Comisión para negociar en nombre de la Comunidad un Acuerdo internacional que especifique la naturaleza y la magnitud de las medidas penales que deben adoptarse contra los falsificadores de marcas.<sup>7</sup>

Pese a estas reservas, el Parlamento acoge con satisfacción la negociación del ACTA y recomienda que se realicen esfuerzos para que otras economías emergentes como India, Brasil y otros bloques

<sup>7</sup> Sin duda el Parlamento se hace eco de las dificultades enormes que hubo de afrontar la promulgación, hoy prácticamente abortada, de la Directiva Antipiratería, de la que hoy por hoy ni siquiera merece la pena dar cuenta.

comerciales regionales tales como MERCOSUR, CARICOM y ASEAN tomen parte en las negociaciones del Acuerdo comprometiéndose a garantizar el respeto a los derechos de propiedad intelectual en sus territorios.

### 3.2. La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo de 16 de julio de 2008 sobre una estrategia para Europa en materia de derechos de propiedad industrial

La Comisión de las Comunidades Europeas se ha pronunciado recientemente sobre los problemas a que se enfrentan los titulares de derechos de patentes y marcas. El punto de partida lo constituye una declaración nada despreciable: la protección de la propiedad intelectual es una condición general esencial para la innovación, el estímulo de la inversión en I+D y la transferencia de conocimientos desde el laboratorio al mercado. La estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo<sup>8</sup> pasa necesariamente por disponer de un régimen claro de derechos de propiedad intelectual, cuyos beneficios económicos y sociales están fuera de toda duda.

La Comisión advierte que la innovación es el motor de desarrollo de las ventajas competitivas y que las pequeñas y medianas empresas (pyme) y los organismos públicos de investigación, como las uni-

versidades, no pueden sustraerse a esta exigencia y confiar en los precios para mantener su competitividad. Pone de relieve la Comunicación que las pequeñas y medianas empresas (pyme) representan el 99% del total de empresas y aportan 85 millones de empleos en Europa. La Comisión explicita una idea que podría constituir el eslogan para cualquier campaña de sensibilización: la explotación fructífera de los derechos de propiedad industrial puede ser para las pyme *“el trampolín esencial para prosperar”*.

Por esta razón la Comisión se propone incentivar a las pyme con medidas que faciliten su acceso a los derechos de propiedad industrial, el recurso a los procedimientos alternativos de resolución de litigios o el apoyo de calidad para la gestión de tales derechos. La comunicación advierte que las oficinas nacionales de patentes y los organismos de desarrollo tecnológico, obrando en colaboración, pueden crear sinergias al aunar sus conocimientos técnicos, jurídicos y empresariales.

En lo tocante a la lucha contra las falsificaciones la Comisión es consciente de las diferencias que se producen en la aplicación de procedimientos y sanciones penales entre unos países y otros; destaca la eficacia del régimen comunitario de medidas en frontera; anuncia que se está elaborando con las autoridades de China un plan de acción conjunto contra la falsificación y la piratería; y se decanta por apoyar las iniciativas internacionales que se vienen sucediendo en distintos foros, como el Consejo de los ADPIC de la OMC, el G8 (proceso de Heiligendamm), la OCDE, la OMPI o el ACTA, sobre el respeto de estos derechos.

<sup>8</sup> *“Informe estratégico sobre la estrategia de Lisboa renovada para el crecimiento y el empleo: lanzamiento del nuevo ciclo (2008-2010) – Mantener el ritmo de cambio”* COM (2007).

Al margen de ciertos lugares comunes que se vienen repitiendo en todos estos proyectos e iniciativas, sí conviene destacar la atención que la Comisión presta a las actuaciones complementarias de carácter no legislativo. A su juicio el ejercicio efectivo de los derechos exige una mayor colaboración entre las diferentes autoridades nacionales de los Estados miembros y entre el sector público y el privado. Alude la Comunicación a que es necesario intensificar la labor de sensibilización sobre los perjuicios de la falsificación y la piratería, añadiendo al respecto: *“A veces, el consumidor asocia las mercancías falsificadas con productos de confección y de lujo baratos, ignorando los riesgos sanitarios y de seguridad que entrañan las falsificaciones de medicamentos, productos para el cuidado personal, componentes electrónicos y piezas de recambio de vehículos. Además, muy rara vez se establece la conexión entre mercancías falsificadas y evasión fiscal, blanqueo de dinero, carteles de narcotraficantes, paramilitares, delincuencia organizada y trabajo infantil”*. Las palabras finales sobre este particular son dolorosamente ciertas: *“Si el público mostrara “tolerancia cero” frente a la vulneración de los derechos de propiedad intelectual, ello ayudaría a que sus titulares, incluidas las pyme, pudieran ejercerlos de forma efectiva.”*

### 3.3. La Resolución del Consejo de 25 de septiembre de 2008 sobre un plan europeo global de lucha contra la falsificación y la piratería.

Es indudable que el informe de la OCDE ha supuesto un revulsivo importante en el plano de la Unión Europea. Parece que todas

las instituciones se sienten actualmente obligadas a solidarizarse con el problema dejando constancia de su sensibilidad al respecto. El mismo Consejo, hizo pública el 25 de septiembre de 2008 una Resolución que se anticipó a la del Parlamento participando de análogas premisas.

La Resolución arranca de la gravedad y de la evolución preocupante del fenómeno de la falsificación y de la piratería, en una economía mundializada, para la competitividad de la Unión Europea, para sus empresas, para los titulares de derechos y para los consumidores; también destaca la importancia que los derechos de propiedad industrial representan sobre la investigación, la innovación y la creación de las empresas europeas *“en particular de las pyme”*; y subraya la necesidad de que se movilicen todos los interesados para reforzar la eficacia del conjunto de los instrumentos de propiedad intelectual y de lucha contra la falsificación y la piratería en el mercado interior y a nivel internacional.

Las propuestas que propone al respecto, sin embargo, parecen permanecer en el plano de las declaraciones de intención y de las medidas programáticas, antes que en el de la promoción de instrumentos o mecanismos específicos.

Así la Resolución alude a la creación de un *Observatorio europeo de la falsificación y la piratería*, que debería permitir la obtención de evaluaciones regulares de la magnitud de la falsificación y la piratería, así como un análisis más preciso de estos fenómenos; añade

el Consejo que es necesaria la difusión por Internet de información sobre este fenómeno dirigida a los protagonistas de la lucha contra la falsificación y la piratería; y solicita asimismo el desarrollo de acciones de sensibilización y comunicación dirigidas a estos protagonistas y a los consumidores “*incluidos los más jóvenes*”; y propone por último la elaboración de un *plan aduanero de lucha contra la falsificación para los años 2009 a 2012* que favorezca el intercambio de información mediante una plena utilización de los sistemas electrónicos y el desarrollo de la cooperación entre las autoridades interesadas.

Llama la atención que el Consejo se preocupe de solicitar a la Comisión y a los Estados miembros la presentación de propuestas adecuadas para favorecer asociaciones entre sector público y privado para luchar contra la falsificación y la piratería, para recomendar buenas prácticas relativas a la venta en Internet y para promover la colaboración entre profesionales.

Aún sin nombrarlo, el Consejo recomienda la participación de la Unión Europea para la celebración de un acuerdo comercial multilateral, como el ACTA, de lucha contra la falsificación, sugiriendo la creación de un grupo operativo encargado de estudiar la aplicación del acuerdo.

## 4. La falsificación de marcas en España

### 4.1. La acción policial y aduanera en la lucha contra la falsificación

Es sabido que la falsificación de marcas se manifiesta actualmente en tres planos diversos: de un lado la lucha contra la falsificación en el *mercado exterior* (representada por las medidas en frontera que pueden adoptar las autoridades aduaneras al amparo del régimen comunitario citado y que tiene por objeto impedir el acceso a España de mercancía sospechosa de vulnerar derechos de marca que procede de países ajenos a la Unión Europea); de otro lado la lucha contra la falsificación en el mercado interior o *doméstico* (cuya erradicación depende en buena medida de la acción de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado contra las mercancías falsificadas que circulan dentro del territorio nacional); y por último, la lucha contra la falsificación *on line* (que alude al fenómeno cada vez más frecuente del tráfico ilegal de mercancía a través de Internet).

Es prácticamente imposible conocer el alcance de esta última manifestación de la *piratería comercial*, habida cuenta las dificultades de obtener datos estadísticos fiables sobre la distribución de productos a través de Internet. Pero sí podemos evaluar las dimensiones del problema de la falsificación exterior y de la falsificación doméstica a través de las estadísticas de intervenciones policiales y aduaneras que se han divulgado recientemente.

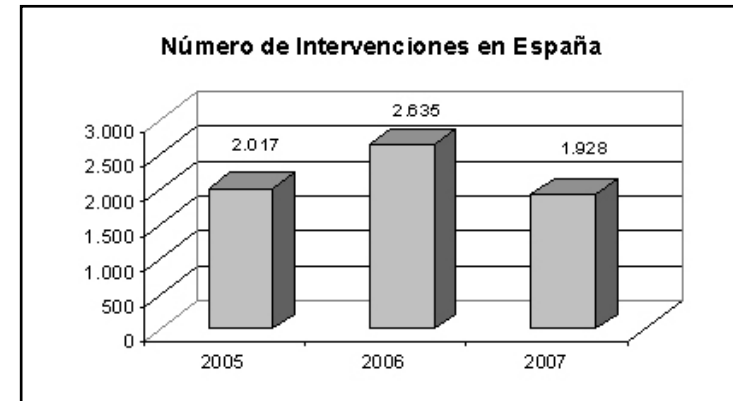
(a) En lo que respecta a la acción de las aduanas españolas, cuya coordinación general corresponde a la Subdirección General de Gestión Aduanera del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales del Ministerio de Economía y Hacienda, los datos últimos disponibles a través de la propia Comisión Europea arrojarían los siguientes resultados:

- España no parece ser, ni mucho menos, uno de los países más activos en intervenciones practicadas y en volumen de artículos aprehendidos. España se encuentra por debajo de países como Francia, Alemania, Austria, Bélgica, Hungría, Holanda, Italia o Polonia. La interpretación positiva que puede postularse es que el índice de falsificaciones en frontera en nuestro país sería inferior, pero otras voces podrían apuntar explicaciones diferentes.

- El número de acciones y de artículos intervenidos ha disminuido sensiblemente en los últimos tres años. Así se refleja en los siguientes gráficos:<sup>9</sup>

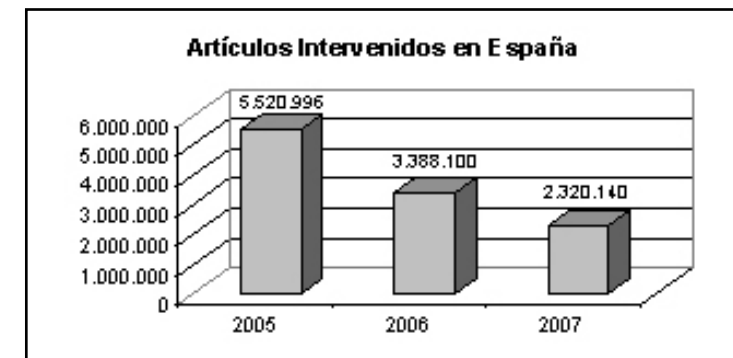
<sup>9</sup> Gráficos elaborados por los autores de este trabajo a partir de la información disponible en el Informe sobre medidas en frontera publicado por la Comisión Europea.

Gráfico 5



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados por la Comisión Europea.

Gráfico 6



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados por la Comisión Europea.

- A título de curiosidad las cifras recopiladas por la Comisión Europea revelan que España se encuentra en el tercer lugar en el ranking, por detrás de China y Turquía, de mercancía intervenida a pasajeros en tránsito. Un 12% del total de las intervenciones de esta índole practicadas por otras aduanas se corresponden con pasajeros que venían de España.

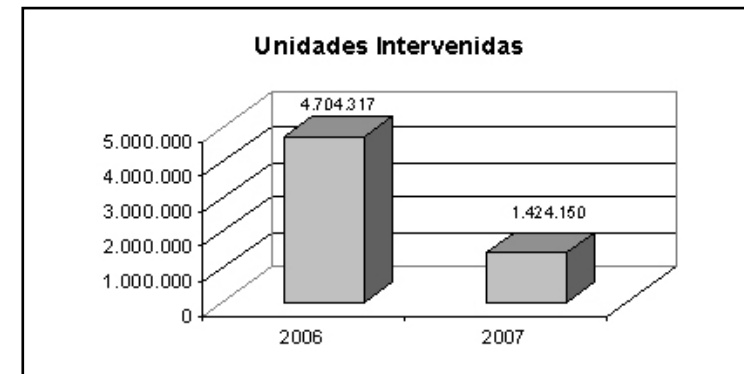
(b) En lo que concierne a las intervenciones practicadas en el mercado interior por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado los resultados en 2007 pueden resumirse como sigue:<sup>10</sup>

- El número de intervenciones practicadas y de unidades aprehendidas también parece experimentar, en este campo, una disminución con respecto al periodo anterior.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> *Intervenciones 2007 Propiedad Industrial Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y del Ministerio del Interior*, accesible mediante conexión informática al sitio de Internet de la Oficina Española de Patentes y Marcas [www.oepm.es](http://www.oepm.es). Salvo que se indique otra cosa, los gráficos que se reproducen han sido extraídos directamente del Informe.

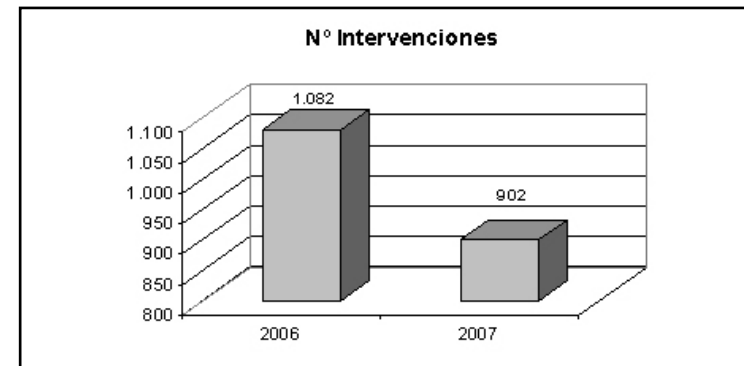
<sup>11</sup> Los tres gráficos incluidos en este epígrafe han sido elaborados por los autores de este trabajo a partir de los datos comparativos de las intervenciones 2006 y 2007 publicados por la Oficina Española de Patentes y Marcas.

**Gráfico 7**



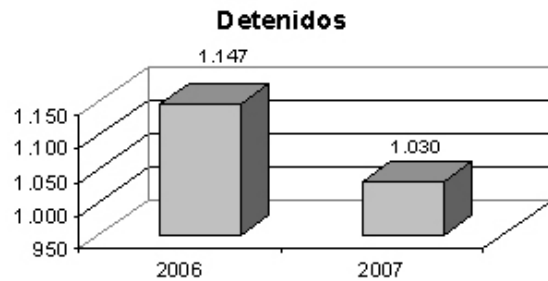
Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados por la OEPM.

**Gráfico 8**



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados por la OEPM.

Gráfico 9



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados por la OEPM.

- Por sectores, el mayor número de intervenciones se concentra en la marroquinería y los complementos, seguido muy de cerca por el sector textil. Pero el cuadro facilitado por las autoridades policiales confirma que las falsificaciones afectan a los más diversos segmentos del mercado. En el gráfico 10 de *Otros* se incluyen productos tales como pilas, menaje, velas, bolígrafos, mecheros o tijeras. Y en la categoría identificada como *Resto* se han agrupado los productos de merchandising, alcoholes, alimentación, electrónica o repuestos y accesorios de automoción:

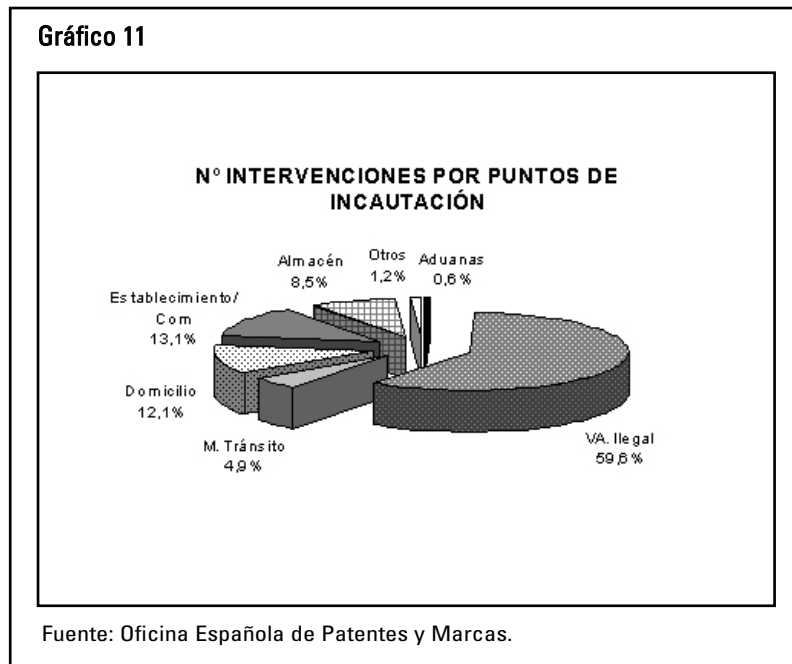
Gráfico 10



Fuente: Oficina Española de Patentes y Marcas.

- El informe comprende asimismo una evaluación del número de intervenciones por puntos de incautación. La *Venta Ambulante* sigue manteniendo, con el 59,6% de las intervenciones, un protagonismo absoluto. Pero el porcentaje de intervenciones practicadas en establecimientos y comercios –un 13,1%– redundante en la idea expresada por la OCDE de que los canales de distribución de mercancía falsificada están evolucionando y no responden ya al tópico de los *mercadillos*.

Gráfico 11



#### 4.2. Las reformas introducidas en el marco normativo español

No puede ignorarse que el legislador español ha afrontado en los últimos años un buen número de reformas, sustantivas y procesales, encaminadas a potenciar la acción penal contra la falsificación de marcas. Ante un fenómeno de estas dimensiones es claro que todas las mejoras son insuficientes y corren el riesgo de quedarse obsoletas. Pero ello no impide reconocer el mérito en el empeño.

(a) Es loable, por ejemplo, que los delitos relativos a la propiedad industrial hayan dejado de ser delitos de carácter semi-privado condicionados a la presentación de denuncia por parte de la persona agraviada. La naturaleza *pública* actual de los delitos tipificados en el artículo 273 y siguientes del Código Penal<sup>12</sup> hace posible la actuación *ex officio* de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y alivia en parte la muy pesada carga que deben soportar los titulares de derechos para mantener una política activa de persecución de las falsificaciones.

(b) Tampoco puede pasarse por alto que la ubicación sistemática de los delitos relativos a la propiedad industrial en una sección independiente de los delitos relativos al mercado y a los consumidores ha despejado todas las dudas que podía presentar, en el pasado, la determinación del bien jurídico protegido en esta clase de delitos. Durante un tiempo el riesgo de confusión en el mercado había sido utilizado por los Tribunales como un elemento constitutivo del tipo, como si la protección al derecho de marcas se justificase por la protección al consumidor. Es claro, en nuestros días, que el bien jurídico protegido no es otro que el derecho de exclusiva que se deriva de la inscripción de un signo en el correspondiente Registro. En la superación de viejas corrientes jurisprudenciales que se aferraban a la idea equivocada de vincular la confusión con el ilí-

<sup>12</sup> Los artículos 273 a 277 de Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. El carácter público del delito fue obra de la modificación del artículo 287 por la LO15/2003, de 25 de noviembre.



cito penal ha desempeñado un papel esencial la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003. Esta Circular supuso un decisivo paso adelante en la unificación de la intervención, siempre tan necesaria, de los Fiscales en estas causas criminales.

(c) El mantenimiento de la acusación penal hasta sentencia después de practicada la intervención policial, que representaba para las empresas un gasto inabordable ante la multiplicación de los casos, no sería ya estrictamente indispensable merced a la reforma introducida en el artículo 367 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la destrucción anticipada de los productos intervenidos.<sup>13</sup> A la luz de esta norma el Juez de Instrucción podrá decretar la destrucción de los efectos judiciales –estos es, de los ejemplares de mercancía falsificada intervenidos- cuando resultare necesario o conveniente por la propia naturaleza de los efectos intervenidos o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia. Esta destrucción podrá acometerse, previa audiencia al Ministerio Fiscal y dejando muestras suficientes en los autos, una vez que tales efectos hayan sido examinados pericialmente.

(d) Finalmente el procedimiento simplificado establecido en el artículo 11 del Reglamento Comunitario de Medidas en Frontera ha

reducido sensiblemente los costes que las empresas deben afrontar para corresponder a la acción de las autoridades aduaneras y ha reforzado notablemente la efectividad del sistema. Este procedimiento simplificado hace posible, sin necesidad de denuncia, la destrucción por la aduana de la mercancía intervenida cuando el titular de la marca, dentro del plazo concedido para la inspección, alcanza un acuerdo con el importador o este se aquieta tácitamente a dicha medida. Merece la pena destacar, en este ámbito, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 3 de julio de 2006 relativa a la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de declaración de mercancías sospechosas de vulnerar derechos de propiedad intelectual. La Orden contempla la autorización del procedimiento simplificado para la destrucción de la mercancía siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- Que el titular del derecho o su representante debidamente acreditado solicite ante la Aduana dicho procedimiento y manifieste que las mercancías intervenidas vulneran un derecho de propiedad intelectual.

- Que el titular del derecho o su representante aporte a la Aduana un escrito mediante el cual se ponga de manifiesto que el importador o propietario de la mercancía ha prestado su conformidad para que las mercancías sean abandonadas para su destrucción.

En lo que se refiere a la destrucción por tácita aceptación, la orden advierte que únicamente será aceptada por la Aduana,

<sup>13</sup> El artículo 367 ter fue añadido por disposición final 1ª. 2. de la Ley 18/2006, de 5 de junio.

cuando el titular del derecho pueda probar, por cualquier medio admitido en derecho, que se ha notificado al declarante, tenedor o propietario de la mercancía una propuesta de acuerdo por escrito destinado a la renuncia a las mercancías para su destrucción y éste no se hubiese opuesto a dicha propuesta en el plazo de diez días laborables desde su recepción. Este plazo podrá ampliarse en otros diez días laborables cuando las circunstancias así lo requieran.

#### 4.3. Las iniciativas recientes en el plano político

Tampoco puede negarse a los poderes públicos un interés real en la cooperación frente a la amenaza que representa la *piratería comercial*. Importa destacar que la acción política en este terreno no puede obedecer, como apuntábamos al comienzo de este trabajo, a un afán altruista por parte del Estado de tutelar la labor de las empresas y coadyuvar a sus necesidades. Estamos ante un problema de orden público que afecta a los intereses generales de la colectividad y que exige una respuesta política. De ahí que en los últimos tiempos se advierta una sensibilidad mayor de los gobiernos hacia este problema. Prueba de ello son algunas de las iniciativas que seguidamente se enuncian.

(a) El 2 de marzo de 2006 se constituyó en Madrid la Comisión Intersectorial para actuar contra las actividades vulneradoras de derechos de propiedad industrial. Esta Comisión, cuyo régimen jurídico fue regulado por Real Decreto 1224/2005, de 13 de octubre, es la sucesora de la antigua Comisión Interministerial que llevaba

en funcionamiento desde 2000. Su vocación es la de convertirse en el foro de referencia para la lucha contra la falsificación. Adscrita al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, la Comisión cuenta entre sus miembros con representantes del Ministerio de Justicia, del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales, del Ministerio de Educación y Ciencia, de la Oficina Española de Patentes y Marcas y de tres representantes de entidades reconocidas en la defensa de la propiedad industrial. Ni que decir tiene que asociaciones tan prestigiosas como ANDEMA, CEFI o PROMARCA vienen participando activamente en las actividades de esta Comisión. El solo hecho de que su composición integre a instituciones y organismos tan plurales y diversos revela, como anticipábamos al comienzo de este trabajo, que la lucha contra la falsificación ha dejado de ser un problema exclusivo de un puñado de empresas.

(b) En diciembre de 2008 el Ministerio de Cultura divulgó un documento, de extraordinario alcance práctico, que puede representar un precedente nada desdeñable para futuras iniciativas en el campo de la lucha contra la falsificación de marcas. Nos referimos al *Manual de Buenas Prácticas para la persecución de los delitos contra la Propiedad Intelectual*.<sup>14</sup> Este Manual se concibe como una guía explicativa del fenómeno y sus consecuencias, que aborda en forma

<sup>14</sup> *Manual de Buenas Prácticas para la persecución de los delitos contra la Propiedad Intelectual*, Ministerio de Cultura, Dirección General de Política e Industrias Culturales, Subdirección General de Propiedad Intelectual, editado en diciembre de 2008 por la Secretaría General Técnica, disponible en la web [www.ncu.es](http://www.ncu.es).

amplia y programática las infracciones, su impacto económico, las principales dificultades detectadas y las soluciones que se proponen. Alude el documento a las medidas de cooperación, preventivas, de sensibilización, normativas y formativas establecidas en el Plan Integral del Gobierno para la disminución y la eliminación de las actividades vulneradoras de la propiedad intelectual aprobado en abril de 2005. Y delimita a continuación, con pleno acierto, un catálogo de *buenas prácticas* al que pueden acogerse las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los propios Tribunales para la persecución de estos delitos. El Manual se detiene asimismo en los instrumentos de cooperación internacional tanto en el plano policial (EUROPOL o INTERPOL) como judicial (con referencia a las redes europeas e iberoamericanas que sirven de apoyo a la misma).

Lamentablemente el Manual se circunscribe a los delitos contra la propiedad intelectual, dejando fuera los problemas propios y específicos de la falsificación de marcas. Hubiese sido, en cierta medida, una intromisión que el Ministerio de Cultura hubiese intentado abarcar asimismo en este documento la persecución de los delitos contra la propiedad industrial, cuya competencia *administrativa* reside de forma natural en el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Pero se trata, qué duda cabe, de un modelo extrapolable *mutatis mutandi* a la falsificación de marcas.

## 5. Reflexiones finales

A la luz de los datos sobre el impacto de la falsificación de marcas en el comercio internacional, de las iniciativas en curso en el plano internacional y de la situación que presenta este fenómeno en España, son varias las conclusiones que podrían formularse:

(a) Los derechos de marca constituyen uno de los activos inmateriales esenciales de cualquier empresa y uno de los pilares básicos de la economía de mercado. Su protección frente a las falsificaciones debe constituir un objetivo prioritario para los gobiernos, cualquiera que sea su signo político.

(b) Los poderes públicos no pueden considerar su papel en la lucha contra la falsificación de marca bajo la órbita de una tutela paternalista de los derechos privados de las empresas. El Estado en su conjunto –el orden socio-económico– se está viendo amenazado por la expansión imparable del fenómeno y los intereses públicos se sitúan cada vez más a un nivel similar al de aquellos de los titulares de derechos.

(c) En el mundo empresarial la falsificación de marca no es ya un problema exclusivo de las multinacionales o de las firmas de artículos de lujo. Toda estrategia en este terreno pasa también porque la pequeña y mediana empresa (pyme) sea consciente de los riesgos que se derivan para ellas de una desprotección de sus signos distintivos. Tarde o temprano cualquier empresas, sin

importar la dimensión que presenten, puede verse expuesta a este fenómeno.

(d) Es claro que la falsificación de marca, pese a las dificultades que conlleva la unificación de los sistemas penales, camina hacia una armonización internacional de la que están siendo partícipes tanto la Unión Europea como otras instancias. La armonización pasa por la aproximación del régimen de sanciones y de los instrumentos de actuación frente a la falsificación.

(e) Ninguna medida ni reforma será realmente efectiva en la praxis sin la colaboración activa y resuelta de cuantos hacen posible la lucha contra la falsificación: titulares de derechos, autoridades aduaneras, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Juzgados y Tribunales, Ministerio Fiscal y las asociaciones que encarnan intereses colectivos.

(f) A largo plazo todo esfuerzo en este campo deviene estéril sin una verdadera concienciación social en torno a la gravedad de esta forma de delincuencia. A diferencia de otros delitos, en los que el ciudadano es víctima inocente o mero espectador, en la falsificación de marca el concurso del consumidor es necesario. Si el fenómeno crece de forma imparable es porque la demanda de este tipo de productos también crece. Y esto sólo puede atribuirse a una cierta connivencia del consumidor medio hacia estas defraudaciones. Las campañas de sensibilización son una poderosa herramienta para tratar de llevar a la sociedad el convencimiento acerca de la

ilicitud de estos comportamientos. Sólo así se explica que en algunos ordenamientos la acción judicial se extienda también, en los tiempos más recientes, a los propios consumidores.

(g) Buena parte de las iniciativas actualmente en curso están encaminadas al reforzamiento del régimen de medidas frente a la piratería *analógica*. Es claro, sin embargo, que la falsificación de marcas evoluciona hacia nuevos sistemas de distribución –como el tráfico por Internet- que dejan en agua de borrajas los mecanismos y herramientas existentes hasta la fecha. En el horizonte de la lucha contra la falsificación tiene que comenzar a vislumbrarse con nitidez la toma de decisiones, en el plano internacional, que redunden en una mejor protección de los derechos frente a las defraudaciones *on line*.

Estamos, en suma, ante un viejo problema sobre el que se ha discutido y escrito en abundancia pero que se resiste a desaparecer. Antes bien, se trata de un fenómeno que crece y evoluciona, que cambia de rostro, que se adelanta siempre a las iniciativas del legislador, que sabe inmunizarse frente a los remedios que se promueven en su contra y que exige de todos un ejercicio permanente de imaginación, a la par que una perseverancia infinita, en aras a su erradicación.

# La Armonización Internacional del Sistema de Patentes

## 1. Introducción

El largo camino de la protección de las invenciones por medio de los derechos de patente puede decirse que comenzó en el siglo XV de nuestra civilización.

\* Nacido en 1927 y al frente de ELZABURU desde 1960, ejerce como Abogado / Agente de la Propiedad Industrial Español. Ha ostentado la Vice-Presidencia del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial de España (COAPI) durante 45 años. Es Agente Europeo de Patentes así como Agente Europeo de Marcas. Ex-Presidente mundial y Presidente de Honor de la FICPI (International Federation of Industrial /Intellectual Property Attorneys). Ex-Presidente y Miembro de Honor del Grupo Español de la AIPPI (Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle). Primer Miembro de Honor español de la AIPPI Internacional. Es el único asociado europeo Miembro de Honor de la ASIPI (Asociación Interamericana de la Propiedad Industrial). Miembro español de la INTA (International Trade Mark Association) de EE.UU. y de la AIPLA (American Intellectual Property Law Association). Miembro español del Panel de Expertos Internacionales del Centro de Arbitraje sobre Nombres de Dominio de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual - Ginebra). Autor de numerosos artículos y conferenciante en España y en el extranjero en temas de Propiedad Industrial.

En la República de Venecia se establecieron en 1474 los primeros derechos de los inventores. El documento que recogió la primera norma a este respecto se denominó "*Parte Veneciana*".

Posteriormente, en Inglaterra, en 1623 el Rey Jacobo I, previa aprobación del parlamento inglés, promulgó para su reino el primer estatuto de los monopolios considerado la Carta Magna de los derechos de patente. A finales del siglo XVIII vieron la luz, sucesivamente, en Estados Unidos el primer Acta sobre invenciones, el 10 de agosto de 1790 y, en Francia, el primer Real Decreto,

En julio de 2001, S.M. el Rey de España le concede la Gran Cruz de la Orden de Isabel la Católica.

\*\* Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos (Doctor por la Universidad de Madrid). Agente de la Propiedad Industrial. Agente de Patentes Europeas. Agente Europeo de Marcas. Presidente del Grupo Español de la "UNION of European Practitioners in Intellectual Property". Miembro del Consejo del EPI ("European Patent Institute"). Miembro del "E.P.P.C." ("European Patent Practice Committee") del EPI. Miembro del Comité "The Future of the Patent System in the European Union" de la AIPPI (Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Intelectual). Presidente de la Sección española de la FICPI ("Fédération Internationale des Conseils en Propriété Intellectuelle"). Miembro de la AIPLA ("American Intellectual Property Law Association"). Representante del COAPI (Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial) en las reuniones entre la Comisión de la UNION EUROPEA y los representantes de las Asociaciones Nacionales de Agentes de Patentes para debatir, a nivel de expertos, el Articulado del Proyecto de Jurisdicción Europea relacionado con las patentes europeas y/o comunitarias.

Autor de:

"Las distintas maneras de minimizar los costes de las patentes en Europa: El problema Lingüístico" 1994; "Las decisiones conflictivas relacionadas con la falta de divulgación en las patentes en las distintas jurisdicciones europeas" 1994; "Trabajos para instituir una patente comunitaria" 2005; "La situación actual de los debates en relación con el futuro de los sistemas de patentes en Europa" 2008.

también sobre las invenciones, adoptado por el Rey Luis XVI el 31 de diciembre de 1790.

La invención de la máquina de vapor por James Watt en 1783, dio lugar a la puesta en marcha del primer ferrocarril en Inglaterra en 1825, y ello desencadenó (durante la segunda mitad del siglo XIX) lo que vino a llamarse la revolución industrial de Europa occidental y de los Estados Unidos de América.

La necesidad de proteger las invenciones originadas por esa gran industria, por medio de derechos de patente cada vez más claros y concisos, no sólo se fue acrecentando a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX, sino que, también, su extensión del ámbito nacional al más amplio ámbito internacional fue una preocupación cada vez más acuciante.

En efecto, dicha revolución industrial trajo consigo la copia de numerosas máquinas, de un país a otro, de forma legal o ilegal, lo que motivó hacia finales de los años 1870 numerosas controversias en los estados. Ello motivó la celebración de los primeros congresos internacionales en la materia, el primero de ellos celebrado en Viena en 1873, y el segundo en París en 1878, cuya finalidad no fue sino la de encauzar dichas controversias y la de unificar ideas para la primera armonización internacional del sistema de patentes.

Desde entonces, hasta nuestros días, el camino ha sido largo, tratando de conjugar los intereses de los inventores, industrias y comerciantes, tanto de los países más industrializados como de los países en vías de desarrollo. Este largo camino no ha acabado todavía. La continua tendencia hacia la globalización de los sistemas de patentes a nivel mundial, con sus ventajas y sus inconvenientes, está en pleno debate ya que su implicación en las economías nacionales puede producir efectos muy contradictorios, favorecedores o no, según los sectores implicados.

## 2. El largo y difícil camino de la armonización internacional del sistema de patentes

Este largo camino se ha venido produciendo desde el año 1883 hasta nuestros días de muy diversas formas. Se puede destacar el tratamiento que ha tenido a nivel mundial y el que ha tenido a nivel europeo.

### 2.1. El Tratamiento a nivel mundial: los Tratados Universales

#### 2.1.1. El Convenio de la UNION de París para la Protección de la Propiedad Industrial – (CUP)

Este Convenio, firmado el 20 de marzo de 1883 en París, que fue el fruto de la entonces imperiosa necesidad de protección de las invenciones a nivel internacional, ha constituido la piedra angular básica sobre la que se ha venido desarrollando la propiedad indus-

trial durante todo el siglo XX y durante el actual siglo XXI. Al día de la fecha se han adherido al CUP 172 Estados.

Uno de los primeros objetivos de este Convenio fue el de que los Estados de la UNION estuvieran obligados a asignar a sus súbditos nacionales una protección efectiva contra la competencia desleal (Artículo 10 bis), y a asignar también a los nacionales de los otros Estados de la UNION los remedios legales para poder reprimir los actos de competencia desleal o de usurpación (Artículo 10).

La respuesta jurídica a las necesidades de aquella época quedó plasmada en varias disposiciones entre las que cabe resaltar:

- El principio del tratamiento nacional según el cual cualquier solicitante de cualquier tipo de derecho (patente, modelo de utilidad, modelo industrial o marca) puede obtener dichos derechos en conformidad con las legislaciones nacionales, para todo el ámbito territorial de cualquier Estado de la UNION, independientemente de su nacionalidad y de su domicilio o establecimiento. Este mismo tratamiento se aplica también a los súbditos nacionales de Estados fuera de la UNION que estén domiciliados o tengan un establecimiento real y efectivo, industrial o comercial, en el territorio de uno de los Estados de la UNION (Artículo 27 CUP).
- El derecho de prioridad según el cual cualquier solicitante de cualquier Estado de la UNION, puede, durante un plazo determinado (6 meses o 12 meses), obtener cualquier tipo de derecho contado a partir de la misma fecha en la que fue solicita-

do, por medio de un primer depósito, en cualquier otro Estado de la UNION (Artículo 4 CUP).

Otras normas unionistas quedaron reflejadas en el Artículo 4 bis CUP (principio de independencia de las patentes), en el artículo 5a CUP (obligación de explotar las patentes), en el Artículo 5 quarter CUP (regulación de la importación de productos fabricados mediante la aplicación de un procedimiento patentado), etc.

Por otro lado, hay que hacer observar que numerosos Estados miembros de la UNION optaron por la exclusión de patentabilidad en varios campos tecnológicos. Esta posibilidad fue utilizada de forma extensiva, principalmente, por los países en desarrollo e incluso, durante un cierto tiempo, por algunos países desarrollados, con el fin de conseguir durante un cierto plazo sus objetivos económicos nacionales de desarrollo industrial y tecnológico. En particular, se trataba de motivar, en dichos países, al sector de los productos farmacéuticos.

El CUP ha venido siendo objeto, a lo largo de su vida, de numerosas revisiones: en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, y la última en Estocolmo el 14 de julio de 1967 (modificada en 1979), que es la revisión vigente en España. El 4 de febrero de 1980 se inició una Conferencia Diplomática para llevar a cabo una nueva revisión del CUP con la finalidad de estudiar las exigen-

cias que los países en desarrollo venían solicitando para el Convenio.

Los países en desarrollo, en efecto, habían adoptado, en el marco de la UNCTAD (Conferencia para el Comercio y el Desarrollo de las Naciones Unidas), una actitud muy crítica hacia el sistema de patentes establecido en el CUP, debido especialmente a algunos abusos cometidos por los países desarrollados.

Sin embargo, el peligro de hacer desaparecer el proceso de transferencia de tecnología de los países más desarrollados a los menos desarrollados y el posible precedente de subordinar la propiedad industrial e intelectual a las políticas económicas de los países motivaron un aplazamiento de las discusiones. Estas discusiones políticas no volvieron a tener lugar hasta que se fundó la Organización Mundial del Comercio el 15 de abril de 1994 y hasta que se comenzó a discutir, en su seno, en 1995 el acuerdo ADPIC (Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio).

### 2.1.2. El Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT)

En la reunión del Comité Ejecutivo de la UNION de París celebrada en Ginebra del 26 al 29 de septiembre de 1966, el Gobierno de los Estados Unidos de América llamó la atención a los Estados de la UNION sobre los graves problemas que se venían presentando en la diversas oficinas nacionales de patentes debidos al creciente



número de solicitudes de patente de invención que se venían presentando en cada una de ellas.

Entre otros problemas se destacaba la lentitud de los procedimientos de concesión de las patentes, y la pérdida de energías, tiempos y productividad en dichos procedimientos por el hecho de que las invenciones tuvieran que venir siendo examinadas, por las distintas Oficinas de Patentes de los diferentes países de la UNION, de forma independiente, sin tener en cuenta, por tanto, los resultados obtenidos en exámenes paralelos anteriores.

El BIRPI (Oficinas Reunidas para la Propiedad Intelectual, precursoras de la Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI), con sede en Ginebra, emprendió, junto con los medios expertos interesados, el estudio de toda la problemática suscitada y, después de varios proyectos, consiguió la aprobación del Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT). Ello tuvo lugar el 19 de junio de 1970 como resultado final de la Conferencia Diplomática celebrada en Washington del 25 de mayo al 19 de junio de 1970.

Los objetivos del Tratado fueron:

- establecer los procedimientos adecuados para proteger jurídicamente las invenciones,
- fomentar la información técnica contenida en los documentos de patente,
- promover la asistencia técnica en los países menos desarrollados, facilitándoles el acceso al volumen creciente de la tecnología moderna,

- economizar tiempo, dinero y trabajo a las oficinas nacionales,
- facilitar la concesión de patentes con mayor calidad, con el fin de obtener títulos de protección “fuertes”, de mayor valor para sus titulares.

Para ello, el Tratado establece un procedimiento consistente en dos fases:

- una *primera fase*, denominada Capítulo I, consistente en la presentación de una solicitud de patente internacional seguida por una búsqueda de anterioridades internacional. Esta fase es obligatoria para todos los países adheridos al Tratado,
- una *segunda fase*, denominada Capítulo II, consistente en un examen preliminar internacional de patentabilidad. Esta fase es optativa para los países adheridos al Tratado.

Esta doble fase internacional permite al solicitante obtener unos informes de búsqueda de anterioridades internacional y un examen preliminar de patentabilidad internacional que son de gran utilidad para valorar su invención. Esta doble fase internacional, permite al solicitante, en una primera etapa internacional, a la vista de los resultados, decidir si le puede interesar, en una segunda etapa posterior, proseguir con la tramitación de su solicitud, en fases nacionales o regionales, para poder llegar a obtener las diferentes patentes nacionales en los países que haya designado y/o elegido.

Una de las ventajas principales del Tratado de PCT es la de, una vez terminada la fase internacional (Capítulo I, con o sin Capítulo II),

poder efectivamente aplazar, durante un cierto tiempo, la posterior tramitación de esas solicitudes internacionales ante las oficinas nacionales (o regionales) por aplicación de los Artículos 22 y 39 del Tratado.

El inicio del procedimiento de concesión ante las oficinas nacionales (o regionales) se puede, en efecto, posponer hasta 30 meses (o 31 meses) desde la fecha de prioridad o de presentación de la solicitud internacional. Es decir, para el solicitante ello supone un plazo de 18 meses adicionales al plazo de prioridad, que otorga el CUP, durante los cuales pueda estudiar las posibilidades de mercado en los distintos Estados designados y/o elegidos.

Desde el mes de enero de 2004, además, el Informe de Búsqueda Internacional viene complementado con una opinión del examinador internacional sobre la patentabilidad de la invención.

Este Tratado ha tenido un enorme éxito. Al día de la fecha hay 139 países adheridos. El 16 de agosto de 1989 se produjo la adhesión de España al Capítulo I del Tratado cuyas disposiciones entraron en vigor el 16 de noviembre del mismo año y, en el año 1999, se produjo la adhesión de España al Capítulo II del mismo Tratado.

La Oficina Española de Patentes y Marcas es, en la actualidad, tanto oficina receptora de las solicitudes, como desde el 22 de septiembre de 1993, Administración encargada de la Búsqueda Internacional (ISA), como desde el mes de septiembre de 2001 (con efectos de 1º de junio de 2003), administración encargada del

Examen Preliminar Internacional (IPEA) para los súbditos españoles y de otros Estados de habla española que forman parte del Tratado. La gran ventaja para todos estos solicitantes de habla española reside en que toda la tramitación de la fase internacional (Capítulos I y II) se hace en lengua española ante la Oficina Española de Patentes y Marcas.

También hay que resaltar que, transcurrido el plazo de 18 meses desde la fecha de prioridad, la solicitud internacional presentada en idioma español es publicada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) con el mismo texto español y, si el Informe de Búsqueda estuviera disponible en el momento de publicarse la solicitud, también se publicaría éste al publicarse aquella. Esta publicación tiene en España los mismos efectos que están previstos para las propias solicitudes nacionales.

Hay que destacar finalmente que los documentos de patente españoles y las solicitudes de patente publicadas en España figuran dentro de la “documentación mínima PCT” enumerada en la Regla 34 PCT, para poder ser tenidos en cuenta al elaborar los Informes de Búsqueda y de Examen previstos en el Tratado.

### 2.1.3. El Acuerdo ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio)

En el año 1947 tuvo lugar el Acuerdo denominado GATT (General Agreement on Tariffs and Trade). En este Acuerdo, aún

cuando se refería al comercio y a las tarifas se hacía también referencia a los derechos de propiedad industrial e intelectual. Este Acuerdo fue el precursor de los posteriores Acuerdos ADPIC, establecidos en el marco de la Organización Mundial del Comercio. A pesar de que el comercio se había desarrollado de forma importante durante la primera mitad del siglo XX, sin embargo, ni el Convenio de la UNION de París, ni el Acuerdo GATT habían conseguido en aquellos años establecer, para las patentes, una protección fuerte y eficaz a nivel mundial. No existía un sistema de reglas o reglamentos a nivel internacional para conseguir acuerdos en las disputas.

Durante todo este periodo transicional, desde el establecimiento del CUP hasta la firma del Acuerdo GATT, los países desarrollados venían promoviendo gradualmente sus bases tecnológicas y los países menos desarrollados venían haciendo las reformas estructurales, precisas a sus necesidades, en sus sistemas de patentes.

Dado que la jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia no era una jurisdicción dependiente de las Naciones Unidas, la OMPI no fue considerada competente para tratar los acuerdos a establecer sobre las infracciones de patente. Por ello, en el marco del GATT se comenzaron a tratar varias disposiciones, entre ellas las relativas a: tratamiento de nación más favorecida (Artículo I), tratamiento nacional (Artículo III), transparencia (Artículo X), nulidad (Artículo XXIII), y otras relacionadas con las acciones de infracción de los derechos de propiedad industrial e intelectual.

Los debates que tuvieron lugar en Punta del Este en septiembre de 1986, lo que se denominó “La Ronda Uruguay” llevaron a la creación de la Organización Mundial del Comercio el 15 de abril de 1994, a la que, actualmente, están adheridos 151 Estados.

En la continuación de los debates de dicha Ronda Uruguay se incluyó por vez primera la propiedad industrial e intelectual como “nueva cuestión” a ser tenida en cuenta para su profundo estudio y posibles acuerdos concretos. Fruto de los trabajos realizados durante todos esos años en dicho marco del GATT y luego en el nuevo marco de la Organización Mundial del Comercio, fue el Acuerdo ADPIC firmado el 1 de enero de 1995.

El punto básico fundamental de dicho Acuerdo ADPIC es la fuerte, clara y férrea voluntad política de conseguir una protección total, fuerte y robusta para los derechos de propiedad industrial e intelectual a nivel internacional. Como complemento de ello, el ADPIC recoge, en su articulado, toda la serie de disposiciones recogidas anteriormente en los Acuerdos del GATT y otras disposiciones complementarias y nuevas, tanto sobre el alcance de la patentabilidad, como sobre la duración de las patentes, sobre la inversión de la carga de la prueba, sobre la igualdad de la protección de las patentes, sobre la mayor protección para el producto farmacéutico, etc.

#### 2.1.4. El Tratado sobre el Derecho de Patentes (PLT)

Este Tratado fue firmado el 2 de junio de 2000 en Ginebra.

Este Tratado culminó un largo proceso iniciado en 1995 por un comité permanente de expertos nombrados en el seno de la OMPI.

Durante la Conferencia Diplomática para la adopción del Tratado que tuvo lugar, en dicha ciudad, del 11 de mayo al 2 de junio de 2000, estuvieron representados 148 Estados miembros de la OMPI y/o de la UNION de París, tres organizaciones regionales de patentes [Organización Europea de Patentes (OEP), Organización Euroasiática de Patentes (OEAP) y Organización Regional Africana de Patentes (ARIPO)], cinco organizaciones intergubernamentales y 26 organizaciones no gubernamentales. Ello muestra la importancia que, a nivel mundial, todos los medios interesados dieron a esta nueva iniciativa de globalización del Derecho de Patentes.

El Tratado y su Reglamento quedaron abiertos a la firma a partir del 2 de junio de 2000 siendo prontamente firmados por 47 Estados, entre ellos España. Las demás delegaciones de los 101 Estados presentes, así como las tres organizaciones regionales firmaron, sin embargo, el Acta final del Tratado. Todas las partes quedaban obligadas a su posterior ratificación por los Parlamentos nacionales.

Aun cuando, al principio, se pensó en debatir tanto el derecho sustantivo de patente como sus aspectos procedimentales, al comienzo de la Conferencia Diplomática se tomó el acuerdo de hacerlo por separado. Por ello, la finalidad de este Tratado fue únicamente la armonización a nivel mundial de las formalidades exigidas a los procedimientos relativos a la tramitación de las solicitudes de patente nacionales y/o regionales y al mantenimiento de éstas o de los correspondientes derechos adquiridos.

Las partes más importantes del Tratado fueron:

- los requisitos para que una parte contratante tenga que conceder una fecha de presentación a una solicitud (Art. 5°),
- los formularios y procedimientos estandarizados para la reducción de errores (Art. 6°),
- los requisitos relativos al nombramiento de representantes (Art. 7°),
- los requisitos relativos a las comunicaciones, direcciones (Art. 8°), notificaciones (Art. 9°), validez de la patente, revocación (Art. 10°), plazos (Art. 11°), restablecimiento de derechos (Art. 12°), corrección o adición de la reivindicación de prioridad y restauración del derecho de prioridad (Art. 13°).

Se rechazó por ello todo debate conflictivo sobre otros temas tales como la biodiversidad, los recursos genéticos, etc.

El Tratado ha entrado en vigor al haber sido ya ratificado por más de 10 países, entre ellos España. En la actualidad, está funcionando con toda normalidad ratificado por 17 países.

### 2.1.5. El Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos con fines del procedimiento de tramitación de patentes

Este Tratado firmado en Budapest el 28 de abril de 1977 ha sido en la actualidad ya ratificado por 58 Estados. Posteriormente, ha sido complementado por declaraciones específicas, con arreglo a su artículo 9.1, por parte de tres organizaciones intergubernamentales de Propiedad Industrial (OEP, OEAP, ARIPO) para poder también adherirse al mismo.

A lo largo de los años, los países del Tratado han ido luego nombrando las entidades internacionales de depósito de microorganismos, lo que era preceptivo según el Artículo 7 del Tratado.

### 2.1.6. El Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Este Convenio del 23 de mayo de 1959 ha sido firmado por 27 Estados, entre ellos España. Este Convenio constituye el marco preciso para la interpretación adecuada de los distintos tratados internacionales.

### 2.1.7. El Tratado sobre el Derecho Sustantivo de Patentes (SPLT)

Una vez terminado el primer Tratado sobre el Derecho de Patentes en relación con las formalidades (PLT), empezó a debatirse este nuevo Tratado en el año 2001 sobre el Derecho Sustantivo de Patentes (SPLT). Muy prontamente volvió a surgir la controver-

sia entre los países desarrollados (también denominados “Países del Norte”) y los países en vías de desarrollo (también denominados “Países del Sur”), sobre el alcance sustantivo que debería tener el nuevo Tratado.

Los países en vías de desarrollo y muy especialmente los países de centro y sudamérica, así como los países de África pronto indicaron su deseo de que el SPLT tuviera que respetar los previos acuerdos internacionales, tales como, el ADPIC y la Convención Internacional sobre Biodiversidad.

Con motivo de la reunión de Casablanca del 16 de febrero de 2005, este Grupo también denominado “Grupo de Amigos del Desarrollo”, liderado por países importantes tales como Argentina, Brasil, India y Pakistán y apoyados por asociaciones prestigiosas como “Médicos sin Fronteras” y otras sociedades civiles, hicieron una declaración de principios requiriendo un amplio debate en el Tratado que incluyera, la salud pública, la biodiversidad, el medioambiente, los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales, el folklore y las invenciones especiales.

En la reunión de la Asamblea General de la OMPI de septiembre de 2005, este “Grupo de Amigos del Desarrollo”, amplió su previa lista de temas a tener en cuenta en el Tratado, incluyendo las siguientes nueve cuestiones:

- desarrollo y política de flexibilidad,
- exclusiones a la patentabilidad,

- usurpaciones de los derechos de patente,
- prácticas anticompetitivas,
- divulgación del contenido de la invención, consentimiento a dicha divulgación, y reparto de los beneficios,
- mecanismos efectivos para invalidar las patentes,
- suficiencia de la divulgación,
- transferencias de la tecnología,
- modelos alternativos para promocionar las invenciones.

A todas estas cuestiones se opusieron los países desarrollados. Por ello, la audiencia para debatir el proyecto de Tratado quedó dividida en dos grupos por el momento irreconciliables: el citado “Grupo de Amigos del Desarrollo” y el Grupo de países desarrollados que pasó a denominarse el “Grupo B+”.

El “Grupo B+” de países empezó a reunirse de forma independiente por su lado y a debatir los diversos aspectos técnicos del posible Tratado. Para ello, fijó un previo “paquete reducido” de cuestiones a debatir, entre las cuales se pueden citar:

- el requisito de “first to file” (primero en presentar) frente al requisito de “first to invent” (primero en inventar),
- el periodo de gracia y los derechos de previo uso por parte de terceros,
- la definición de la novedad (absoluta, ampliada o relativa),
- las medidas o mecanismos frente a la propia colisión,
- la definición y el tratamiento de las anterioridades,
- la definición y el tratamiento de anterioridades secretas,

- los efectos de las solicitudes conflictivas,
- la definición de la actividad inventiva y de los elementos para definir su metodología,
- el requisito de utilidad,
- la definición del carácter técnico como parte de la definición de la invención,
- la definición de la suficiencia de la descripción,
- las reivindicaciones independientes,
- las reivindicaciones dependientes múltiples,
- la doctrina de equivalentes,
- la discriminación en los Estados Unidos de América de las solicitudes PCT, en idioma distinto al inglés (Doctrina Hilmer),
- la excepción del uso experimental,
- el secreto en el previo uso comercial,
- el valor del resumen,
- la publicación obligatoria de la solicitud de patente, a los 18 meses desde la fecha de prioridad.

A pesar de que en las reuniones de Tokyo en noviembre de 2006 se trató de encontrar un compromiso entre ambos grupos por medio de continuas conversaciones bilaterales, ello no se logró, más aun cuando ninguno de los referidos grupos, por su lado, había conseguido un consenso de las cuestiones, por ellos mismos planteadas.

El Grupo B+ ha ido reduciendo posteriormente el primer paquete de cuestiones a debatir entre sus miembros hasta dejarlo reducido a un “paquete” mínimo de cuatro cuestiones solamente:

- definición de la técnica anterior,
- periodo de gracia,
- novedad,
- actividad inventiva – no evidencia.

El enfrentamiento de criterios entre Europa y Estados Unidos sigue latente y el desarrollo de las futuras discusiones sigue, por tanto, siendo muy incierto. La deseada armonización del derecho sustantivo de patentes parece estar lejos de conseguirse.

## 2.2. El tratamiento a nivel europeo

A finales de la década de los años 1950 el Doctor Haertel, Director de la Oficina Alemana de Patentes, junto con otros legisladores europeos, comenzaron a promover y a impulsar la unificación del Derecho Europeo de Patentes.

En 1969 empezaron los trabajos para la preparación de dos convenios paralelos: el Convenio sobre la Patente Europea (CPE) y el Convenio sobre la Patente Comunitaria para crear y regular una patente única con efectos uniformes en todos los países miembros de la Comunidad Europea.

En 1972, en Luxemburgo una primera conferencia intergubernamental convocada al respecto, concluyó sus trabajos y aun cuando el deseo de la mayoría de los Gobiernos era que ambos convenios fueran firmados conjuntamente, ello no fue posible.

### 2.2.1. El Convenio sobre la Patente Europea (CPE)

El 5 de octubre de 1973 se firmó, en primer lugar y al término de la Conferencia Diplomática de Munich, ante la presión del Gobierno de Gran Bretaña, solamente, el primero de ellos: el Convenio sobre la Patente Europea.

Este Convenio instituye un sistema centralizado de concesión de patentes europeas que desemboca luego en unos haces de patentes nacionales, a elección de los solicitantes.

El CPE no crea por tanto derechos de patente, sino que establece una tramitación única de las solicitudes de patente, centralizada en la Oficina Europea de Patentes (OEP). Esta oficina tiene su sede principal en Munich y sus sedes complementarias en la Haya, Berlín y Viena.

Durante la Conferencia diplomática de Munich, los Estados implicados después de un gran debate, llegaron al consenso de que esta tramitación de las solicitudes de patente europeas se llevaría a cabo sólo en tres idiomas: el francés, el inglés y el alemán. Una vez concedidas las solicitudes de patente, éstas pasarían a denominarse patentes europeas, aun cuando no constituirían derechos "*per se*".

El Artículo 65 (1) del CPE, consensuado por los Estados contratantes, permitía sin embargo que cada Estado contratante dispusiera las normas complementarias pertinentes en su Estado para que

dichas patentes europeas se convirtieran, a elección de sus titulares, en derechos nacionales. Así, por ello, cada Estado establecería, entre otros, unos requisitos de traducción al idioma oficial de su Estado del texto de la patente europea concedida (en cualquiera de los tres idiomas oficiales de la OEP), para que sus titulares pudieran “validar” dichas patentes europeas en patentes nacionales en sus Estados.

En España, como en la mayoría de los Estados contratantes, el Real Decreto 2424/86, del 10 de octubre de 1986, estableció la obligación de presentar la traducción al español del texto de la patente europea, en el plazo de tres meses desde la fecha de publicación de la concesión en el Boletín Europeo de Patentes, junto con otras normas complementarias sobre representación, previos usos, conversiones, acumulación de derechos, etc. Otros países como Luxemburgo, Inglaterra y Alemania dispensaron de llevar a cabo dichas traducciones, aun cuando, posteriormente, Inglaterra en 1989 y Alemania en 1992 retiraron dicha dispensa.

El Convenio sobre la Patente Europea, que entró en vigor el 5 de octubre de 1978, quedó abierto a su adhesión a todos los países europeos que habían firmado el Acta final de la Conferencia Diplomática de Munich. España se adhirió con efectos del 30 de septiembre de 1986 e hizo uso de la disposición según la cual durante un plazo que terminó el 7 de octubre de 1992, no podría solicitarse y obtener protección para España para los productos químicos y farmacéuticos “*per se*”, en las solicitudes de patente europeas.

En la actualidad hay 35 países de Europa adheridos a este Convenio de la Patente Europea. El éxito enorme que ha tenido este Convenio por un lado ha sido debido a que evita la duplicación múltiple de las tramitaciones nacionales de las solicitudes de patente y, por otro lado, a que es un Convenio abierto y por ello cualquier solicitante de cualquier país del mundo puede acceder a él.

### 2.2.2. El Acuerdo de Londres de 17 de octubre de 2000

Los Estados más industrializados contratantes del CPE promovieron en el año 1999, una Conferencia Intergubernamental para mejorar el sistema lingüístico del CPE, tratando de abaratar los costes en las validaciones nacionales de la patente europea. El resultado de la Conferencia Intergubernamental fue el Acuerdo adoptado el 17 de octubre de 2000 en Londres.

Este Acuerdo o Protocolo mitiga la exigencia de producir traducciones, establecida en el Artículo 65(1) del CPE.

El Acuerdo establece que los Estados contratantes del CPE que tengan como lengua oficial una de las tres lenguas oficiales de la OEP (inglés, francés o alemán), quedarán dispensados del requisito de producir traducciones según el Artículo 65(1) del CPE [Artículo 1(1) del Acuerdo].

El Acuerdo, igualmente, establece que los Estados contratantes del CPE que no tengan como lengua oficial una de las tres lenguas



oficiales de la OEP, quedarán también dispensados de las exigencias de traducción previstas en el Art. 65(1) del CPE, pero:

- podrán exigir la aportación de una traducción de las reivindicaciones a uno de los idiomas oficiales de su estado (Art. 1(3) del Acuerdo),
- podrán exigir que la traducción de la memoria descriptiva sea aportada en uno cualquiera de los tres idiomas oficiales de la OEP (Artículo 1(2) del Acuerdo).

El Acuerdo también establece que, en caso de litigio, los Estados contratantes podrán exigir que el titular de la patente, a petición de un presunto infractor o del Tribunal competente, aporte, a su cargo, una traducción completa de la patente europea concedida al idioma oficial del Estado en cuestión (Artículo 2 del Acuerdo).

Este Acuerdo fue firmado por Alemania, Gran Bretaña, Francia, Dinamarca, Holanda, Suecia, Suiza, Liechtenstein, Luxemburgo y Mónaco. Por otro lado, Islandia, Letonia, Eslovenia y Croacia, se convirtieron automáticamente en miembros del Acuerdo de Londres, al acceder con posterioridad al 17 de octubre de 2000, al Convenio de la Patente Europea. España, por el momento no ha firmado este Acuerdo.

Este Acuerdo ha entrado en vigor, el 1 de mayo 2008 [Art. 3(2) y Art. 6 del Acuerdo], para los catorce países citados.

Para los siete Estados (Francia, Alemania, Gran Bretaña, Suiza, Liechtenstein, Luxemburgo y Mónaco) que tienen como lengua oficial una de las 3 lenguas oficiales de la OEP, la patente europea concedida designando estos Estados extenderá sus efectos legales, en dichos Estados, de forma automática.

Los restantes siete Estados (Dinamarca, Holanda, Suecia, Islandia, Letonia, Estonia y Croacia) que no tienen como lengua oficial una de las tres lenguas oficiales de la OEP han prescrito con distintas opciones el idioma en que se ha de presentar el texto de la memoria descriptiva y en su caso, la obligatoriedad de presentar una traducción de las reivindicaciones a la lengua oficial de sus Estados.

### 2.2.3. La Patente Comunitaria

Desde el año 1969 se han desarrollado tres importantes **intentos** para establecer una patente única, con efectos uniformes en todos los Estados miembros de la Unión Europea. Esta patente única se viene denominando la patente comunitaria.

El **primer intento** culminó el 15 de diciembre de 1975, cuando los entonces nueve Estados miembros de la Comunidad Europea: Alemania, Gran Bretaña, Francia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Italia, Irlanda y Dinamarca firmaron en Luxemburgo el “Convenio relativo a la patente europea para el Mercado Común”, también llamado “Convenio sobre la Patente Comunitaria” o “Convenio de Luxemburgo”.

Este Convenio tuvo muchos detractores, tanto en relación con el sistema lingüístico previsto (exigencia de producir solamente la traducción de las reivindicaciones), como en relación con el sistema financiero (clave de reparto de los ingresos entre los Estados miembros), como en relación con el sistema jurisdiccional, al establecer que los procedimientos de violación de las patentes serían vistos por los tribunales nacionales, mientras que los procedimientos relacionados con la validez de las patentes serían vistos por la Oficina Europea de Patentes (OEP).

Este Convenio, no llegó a entrar en vigor al no ser ratificado por Dinamarca e Irlanda por problemas constitucionales y políticos: necesidad de una muy elevada mayoría parlamentaria para el primer país y necesidad de convocar un referéndum, previo a la ratificación, para el segundo país.

El **segundo intento** culminó el 15 de diciembre de 1989 cuando los entonces doce Estados miembros de la Comunidad Europea: Alemania, Gran Bretaña, Francia, Italia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Dinamarca, Irlanda, España, Portugal y Grecia firmaron en Luxemburgo el segundo Acuerdo sobre la patente comunitaria.

Este Acuerdo volvió a recoger el deseo supranacional de conseguir un derecho unitario de patentes, con efecto en todos los países miembros de la Comunidad, que llegase a eliminar las distorsiones de la competencia, los obstáculos a la libre circulación de mercancías, la segmentación del mercado común en mercados

nacionales, estableciendo también, mediante una regulación adecuada, un sistema de licencias obligatorias que limitase la exclusividad de la explotación otorgada por la concesión de una patente comunitaria, cuando dicha explotación llegase a perjudicar a la colectividad.

Este Acuerdo trató también de encontrar un sistema de reparto equitativo entre todos los Estados miembros de las tasas percibidas por la Oficina Europea de Patentes, tanto las relativas a la tramitación, como las relativas al mantenimiento de las patentes.

El Protocolo sobre litigios del Acuerdo arbitró un sistema jurisdiccional, en el cual, por un lado, se entregaba la competencia, en primera y segunda instancia, a tribunales nacionales especializados para resolver los casos relacionados con la violación y la validez de las patentes comunitarias y en el cual, por otro lado, se creaba un nuevo Tribunal de Apelación Común con funciones de casación respecto a los tribunales nacionales de segunda instancia y de competencia prejudicial en la interpretación del Acuerdo.

Hay que destacar también que el Acuerdo adoptó la exigencia de la traducción a todas las lenguas de la Comunidad Europea, no sólo de las reivindicaciones sino también del texto completo de las memorias descriptivas de las patentes comunitarias, aun cuando permitía, en el caso de no haber sido presentada una traducción, la conversión en patente europea para el resto de los Estados miembros para los que, a su debido tiempo, no se hubieran presentado traducciones.

Este Acuerdo articuló, por otro lado, la necesidad de conseguir unas traducciones de la máxima calidad al establecer que, salvo prueba en contrario, las traducciones que hubieran sido efectuadas por personas habilitadas al efecto con arreglo a la legislación de un Estado contratante, se reputarían en dicho Estado, conformes con el original.

A pesar de que el Protocolo relativo a la posible modificación de las condiciones de entrada en vigor del Acuerdo estableció que si el 31 de diciembre de 1991 el Acuerdo no hubiera entrado en vigor, una conferencia de los representantes de los Estados miembros, podría decidir por unanimidad su entrada en vigor para los Estados miembros, que lo hubieran ratificado, y a pesar de que dicha Conferencia Intergubernamental se reunió en Lisboa el 3-4 de mayo de 1992, no se alcanzó la unanimidad necesaria, ya que, España y Portugal exigieron que el Acuerdo debía de entrar en vigor simultáneamente en todos los Estados miembros.

Finalmente, el Acuerdo de Luxemburgo del 15 de diciembre de 1989 no llegó, tampoco, nunca a entrar en vigor. En 1995, antes de la nueva ampliación de la Comunidad Europea, Bélgica, España, Irlanda, Italia y Portugal aun no habían ratificado el Acuerdo.

Los detractores del Acuerdo de Luxemburgo de 1989 lo estimaron poco viable, por un lado por la exigencia de tener que producir traducciones del texto concedido a todos los restantes idiomas comunitarios, por otro lado, por la inseguridad de que la patente comunitaria

podiera llegar a ser anulada, para todos los países de la Comunidad, en primera instancia por cualquier tribunal nacional de un Estado miembro, y por último, por la inseguridad que podría haber producido el posible agotamiento del derecho, en casos de dejación, en algún país, de alguna obligación como la de presentar la traducción al idioma oficial del país del texto concedido de la patente.

Algunos países achacaron también, al Acuerdo de Luxemburgo de 1989, la centralización total de funciones administrativas en la OEP, lo que acarrearía la paulatina desaparición de las administraciones nacionales.

El **tercer intento** tuvo su origen en el Consejo Europeo de Lisboa de 23-24 de marzo de 2000, bajo Presidencia portuguesa. Dicho Consejo acordó solicitar a la Comisión y a los Estados miembros que hicieran lo necesario en el marco del establecimiento de un espacio europeo de investigación, para garantizar que, a finales de 2010, se dispusiera de una patente comunitaria, incluido el modelo de utilidad, de forma que la protección de patentes de ámbito comunitario en la Unión fuese tan fácil y barata de obtener y su cobertura tan amplia como la protección otorgada por los principales competidores extracomunitarios.

Siguiendo el mandato de dicho Consejo Europeo, el 1 de agosto de 2000 la Comisión presentó una propuesta de Reglamento al Consejo sobre la Patente Comunitaria [RPC]. [COM (2000 412 final – 2000/0177/(CNS)].

Esta propuesta establecía una patente única para toda la Unión Europea (UE), con un mantenimiento único ante la Oficina Europea de Patentes (OEP).

La propuesta establecía que la patente comunitaria se tramitaría ante la OEP, siguiendo el procedimiento establecido en el Convenio de la Patente Europea (CPE). El texto final concedido en una de las tres lenguas oficiales de la OEP (inglés, francés o alemán), sería el que surtiría efecto en los Estados miembros sin necesidad de tener que ser traducido a cada una de las lenguas oficiales de dichos Estados miembros, las reivindicaciones habiendo quedado traducidas a las otras dos lenguas oficiales de la OEP durante la tramitación.

Una vez concedida, la patente comunitaria estaría sujeta a las disposiciones del RPC, en cuanto a efectos legales, mantenimiento, etc.

Esta propuesta establecía igualmente una jurisdicción centralizada con Tribunales de Primera Instancia y de Apelación con competencias exclusivas para tratar los litigios de infracción o de invalidez de las patentes comunitarias.

El Tribunal de Segunda Instancia sería una sala especializada del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo (TPI).

Como, al estar implicado un sistema lingüístico específico, el Tratado de las Comunidades Europeas establecía, en su entonces

vigente Artículo 308, la obligatoriedad de que dicho Reglamento sobre la Patente Comunitaria (RPC) tuviera que ser aprobado por unanimidad de los Estados miembros, a partir de septiembre de 2000, comenzaron unas arduas negociaciones entre la Comisión Europea, las sucesivas Presidencias de la Unión Europea y los Gobiernos de dichos Estados miembros, para tratar de consensuar su aprobación.

Sin embargo, después de cuatro años de reuniones por parte de los Estados miembros de la Unión Europea, en marzo de 2004 las negociaciones para obtener el texto definitivo del RPC, quedaron rotas a pesar de haber llegado a un Acuerdo Político Común el 3 de marzo de 2003, durante la Presidencia, griega. En este Acuerdo se consensuaba el régimen lingüístico que había de regir para la patente comunitaria, no exigiéndose traducción del texto completo concedido a los restantes idiomas oficiales de los Estados miembros pero, en cambio, sí exigiéndose la traducción de las reivindicaciones recogidas en el texto concedido a dichos otros idiomas.

El Consejo de Ministros de la Competitividad de la Unión Europea, en su reunión del 17-18 de mayo de 2004, fracasó definitivamente en llegar a un acuerdo.

El *motivo formal* fue la distinta postura mantenida por las delegaciones de Alemania y Francia por un lado, y España y Portugal, por otro lado, en relación con el plazo para la presentación de las traducciones de las reivindicaciones en la Oficina Europea de

Patentes y en relación con el valor jurídico que deberían tener dichas traducciones.

El *motivo de fondo*, no expresado sin embargo por la delegación alemana, fue la disconformidad del Ministerio de Justicia alemán con el sistema jurisdiccional propuesto en el Acuerdo Político Común. Parece ser que dicha propuesta fue impuesta por el entonces primer Ministro Sr. Schröder al entonces Ministro de Justicia Hansjorg Geiger en contra del criterio de este último de mantener, a nivel nacional, la jurisdicción de Primera Instancia comunitaria.

Desde el 18 de mayo de 2004 hasta la fecha las sucesivas Presidencias de la Unión Europea, han venido intentando conseguir el consenso de los Estados miembros con múltiples propuestas diferentes. La obligación de conseguir la unanimidad de los Estados miembros sigue sin embargo estando vigente. Incluso en el nuevo Tratado de la Unión Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, dicha exigencia viene recogida en su Artículo 118.

Al día de la fecha, a pesar de múltiples debates, los Estados miembros siguen sin llegar a un acuerdo ni sobre el régimen lingüístico, ni tampoco sobre el sistema jurisdiccional para dicho RPC.

En relación con el régimen lingüístico, la última propuesta, con origen en la Comisión Europea de Bruselas, presentada el 20 de mayo de 2008 en el Consejo de Ministros de la Competitividad de

la Unión Europea, celebrado bajo Presidencia eslovena, fue rechazada por varios países, entre los cuales figuraba España.

Hay que resaltar, al respecto, las declaraciones hechas, con motivo de esta última reunión, por Diego López Garrido, Secretario de Estado para Asuntos de Europa del Gobierno de España.

- “Si la Unión pretende ahora lograr una regulación específica de la patente evitando esas traducciones íntegras, España exigirá que se respeten los principios de seguridad jurídica y de no discriminación lingüística, evitando así que se introduzca en el ordenamiento comunitario el régimen de las tres lenguas del Convenio de Munich”.
- “Si bien queremos una jurisdicción comunitaria para resolver los litigios sobre patentes en Europa, nuestra pretensión es defender el papel del español como lengua tecnológica y como fuente de una parte importante de nuestro PIB”.
- “Hay que preservar el español como un idioma tecnológico por tratarse de uno de los idiomas más hablados en el mundo”.
- “Hay la necesidad de una patente europea con traducción ya que sus efectos en español tienen muchísima importancia en el mundo”.

#### 2.2.4. El EPLA (European Patent Litigation Agreement)

Dada la falta de resultados positivos en todo el debate sobre la patente comunitaria, los Estados más industrializados contratantes del Convenio de la Patente Europea se propusieron, en la

Conferencia Intergubernamental que se reunió en París en el año 1999, mejorar el actual tratamiento de los litigios relacionados con las patentes europeas.

En la segunda Conferencia Intergubernamental de Londres de 2000, once países contratantes del CPE (Alemania, Gran Bretaña, Francia, Dinamarca, Suecia, Holanda, Finlandia, Suiza, Liechtenstein, Mónaco y Luxemburgo) llegaron a un acuerdo para preparar un sistema de jurisdicción centralizada al que pudieran adherirse opcionalmente los Estados contratantes que así lo estimaran oportuno. El texto final de este Acuerdo denominado EPLA, quedó finalizado en 2004 y quedó pendiente de ser definitivamente puesto en funcionamiento mediante una oportuna Conferencia Diplomática que no ha sido aún convocada.

Este Acuerdo, establece un Sistema Jurisdiccional Europeo centralizado que comprende un Tribunal de Primera Instancia, un Tribunal de Apelación, y un Registro.

El Tribunal de Primera Instancia tendría su sede central en un tribunal de la Patente Europea y constaría de varias divisiones regionales que podrían ser establecidas en los Estados contratantes. Las decisiones del Tribunal de Primera Instancia podrían ser recurridas ante un Tribunal de Apelación Común. El sistema lingüístico (lengua del procedimiento, texto de la patente, etc.) estaría basado en el sistema lingüístico de la OEP (inglés, francés y alemán).

Sin embargo, este Acuerdo resulta claramente perjudicial para las empresas (especialmente las pequeñas y medianas) situadas en los países menos industrializados de Europa, entre ellos España. En efecto, en estos países la probabilidad de actuar como demandado es muy alta. Si se tiene en cuenta que 34 de los 35 países contratantes del CPE, presentan, cada uno, un porcentaje de solicitudes de patentes europeas que no llega al 6% el porcentaje de actuar como demandado en los países europeos (todos excepto Alemania) está en una horquilla comprendida entre el 94% y el 99,9%. En el caso de España este porcentaje es del 99%. Siendo ello así, el demandado de estos países tendría que defenderse, según este Acuerdo, ante un tribunal extranjero, con Jueces que no hablarían ni entenderían su idioma, siguiendo un procedimiento en un idioma que podría también no entender (inglés, francés o alemán) y con un texto de la patente a interpretar igualmente redactado en uno de esos tres idiomas. Esta propuesta de Acuerdo, por lo tanto produciría una clara indefensión jurídica para esos demandados europeos. Por estos motivos, España igual que los otros restantes 24 Estados contratantes del CPE no se han adherido a dicho Acuerdo.

#### 2.2.5. El Proyecto de Sistema Jurisdiccional Integrado para Europa

La implantación de la patente comunitaria, tiene que basarse, además de en un sistema lingüístico consensuado, en un sistema jurisdiccional que sea común para el tratamiento de los litigios relacionados con las mismas. Tampoco sobre este punto existe, por el momento, acuerdo entre los Estados miembros.

Así, en septiembre de 2006, la Comisión Europea se inclinó, como primer paso, por la postura de obtener el mandato del Consejo Europeo para que la Unión Europea pudiera adherirse al Acuerdo EPLA y hacerlo así viable.

Sin embargo, la Comisión fracasó de nuevo, en este intento, al no obtener la aprobación del Parlamento Europeo. Los cuatro puntos de mayor preocupación para los parlamentarios europeos fueron los siguientes:

- 1.-El solapamiento de competencias entre la jurisdicción EPLA y las estructuras legales de la Unión Europea.
- 2.-El coste de los litigios en la jurisdicción EPLA.
- 3.-La independencia de los tribunales EPLA.
- 4.-La discriminación lingüística que se produciría en la jurisdicción EPLA.

Además, el Parlamento Europeo dejó en el aire interrogantes tales como:

- ¿Tendría un Estado miembro derecho a unirse a un acuerdo internacional de litigios, no comunitario sobre patentes europeas?
- ¿Sería aceptable el crear un sistema jurisdiccional no comunitario, con tribunales comunes, pero no comunitarios, fuera de la Unión Europea?

En esta línea, el Consejo de Ministros de la Competitividad del 25 septiembre de 2006 y luego el Consejo Europeo del 20 de octu-

bre de 2006, se pronunciaron también por la necesidad de proseguir con los estudios de forma más profunda.

A primeros de noviembre de 2006 el Gobierno francés, que era uno de los países que habían propulsado, en 1999, el Acuerdo EPLA hizo a la Comisión Europea una propuesta precisa sobre la futura posible jurisdicción a establecer en Europa para los litigios relacionados con las patentes europeas, basada en dos puntos principales:

- 1.- Una decisión del Consejo Europeo que pudiera permitir un nuevo sistema jurisdiccional creado por la Unión Europea para tratar los litigios relacionados con las patentes europeas. Esta decisión habría de establecerse con base en el Artículo 225-A del Tratado de las Comunidades Europeas.
- 2.- Una jurisdicción europea establecida con base en Tribunales de Primera Instancia nacionales, complementados con un Tribunal de Apelación Común que podría ser una cámara de nueva creación en el seno del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea de Luxemburgo.

Este sistema jurisdiccional mantendría los principios fundamentales siguientes:

- cámaras nacionales de primera instancia,
- igualdad de trato ante la justicia para los litigantes,
- imparcialidad de los jueces,
- fácil y económico acceso a los Tribunales de Justicia para el público en general.

La confrontación entre el grupo “centralizado” (pro-EPLA) y el grupo “descentralizado” (anti- EPLA) quedaba bien clara.

Por ello, con el fin de seguir evitando la polarización y la confrontación entre los Estados contratantes del CPE, entre los cuales se encuentran los 27 Estados miembros de la UE, y poder consensuar un sistema jurisdiccional que pudiera llegar a instaurarse, ahora para las patentes europeas y en el futuro para las patentes comunitarias, la Comisión, durante la Presidencia portuguesa del 2º semestre de 2007, presentó un nuevo proyecto de jurisdicción para la resolución de los litigios relacionados con las patentes concedidas en el marco de ambos sistemas, el europeo y el comunitario, que **integraba** las dos propuestas anteriores: el EPLA y la propuesta francesa.

Este proyecto que se ha venido debatiendo desde julio de 2007 hasta la fecha, durante las 3 últimas Presidencias europeas, portuguesa, eslovena y francesa, se basa principalmente en los puntos siguientes:

- creación de una jurisdicción de Primera Instancia con divisiones nacionales locales y una división central, siendo las divisiones nacionales competentes para tratar de los casos de infracción,
- posibilidad para las divisiones nacionales de acudir a la división central en los casos de reconversión en nulidad,
- competencia de la división central para tratar de las acciones directas de nulidad, y de las peticiones de no infracción,

- creación de una jurisdicción de Segunda Instancia centralizada,
- régimen lingüístico acorde con la lengua de la división nacional local, tanto en Primera Instancia como en Segunda Instancia,
- creación de un cuadro centralizado de Jueces con experiencia en asuntos de patentes y con titulación legal y/o con titulación técnica.

En la actualidad este proyecto tiene su viabilidad pendiente de la opinión legal del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo. Algunos de los Estados miembros, como es el caso de España, tienen por otro lado en marcha un estudio de constitucionalidad a nivel nacional. Además, muchas de las cuestiones técnicas planteadas, tales como el tratamiento desdoblado de los casos por parte de las divisiones nacionales y de la división central, la asignación de los casos, el régimen lingüístico, la especialización de los Jueces y otras, están aún muy lejos de estar consensuadas. En términos generales, la postura del Gobierno español viene siendo la de defender al máximo al justiciable español procurando que éste acuda a los Tribunales en España, ante Jueces españoles y con el procedimiento tramitado en lengua española.



### 3. El difícil equilibrio de la Armonización internacional del sistema de patentes

#### 3.1. Los logros obtenidos en la Armonización y la tendencia actual

Desde el año 1883 hasta nuestros días, es decir, durante los últimos 125 años, la mentalidad de los Estados sobre el desarrollo y sobre la necesidad de la armonización ha ido evolucionando al mismo ritmo que esta última.

Cuando se firmó el Convenio de la Unión de París, los Estados firmantes tenían como principal objetivo la protección de sus industrias nacionales deseando fomentar y proteger la fabricación a nivel nacional, y por ello, fueron poniendo y manteniendo barreras a las importaciones durante muchos años; ello motivó una serie de disposiciones restrictivas en relación con la novedad y la obligación de explotar en sus estados. Así, durante la primera mitad del siglo XX muchos países importantes establecieron para la novedad el requisito de que fuera solamente relativa o a nivel nacional. Es decir, estos Estados mantuvieron en sus legislaciones nacionales la posibilidad de que una invención conocida y/o patentada en el extranjero, pero no conocida en el país en cuestión, pudiera ser objeto de patente nacional, solicitada por cualquier tercero. Ello tenía como finalidad el promover la introducción en el país de la tecnología extranjera reticente a ser exportada por parte de sus titulares. Esta posibilidad fue adoptada durante muchos años por

muchos países, como por ejemplo, Gran Bretaña, Japón, Suiza, Dinamarca, Grecia, Noruega, Austria, India y también España.

El Convenio de la Unión de París por otro lado estableció, en su Artículo 1(4), esta posibilidad mediante las denominadas “patentes de introducción” que fueron muy utilizadas en España hasta la promulgación de la Ley 11 de Patentes del 20 de marzo de 1986, y que sigue existiendo en varios países del mundo, entre ellos en Iberoamérica. Igualmente, durante la primera mitad del siglo XX los Estados deseosos de promover el desarrollo de sus industrias locales establecieron en el Convenio de la Unión de París, en su Artículo 5º, en su versión primera de 1883, y en su Artículo 5ºA, en su versión de la Haya de 1925, la obligación de explotar el objeto de la patente en sus Estados, en un plazo de 4 años desde la fecha de presentación de la solicitud o de 3 años desde la fecha de concesión de la patente, siendo obligados sus titulares en caso contrario, y salvo excusas legítimas, a ofrecer y conceder licencias obligatorias a cualquier tercero, bajo pena de caducidad.

La globalización de las industrias a nivel mundial ha ido cambiando, poco a poco, la mentalidad de los Estados sobre la protección de la Propiedad Industrial. La Organización Mundial del Comercio ha ido haciendo caer las barreras del proteccionismo industrial y de los intercambios comerciales. Así por ejemplo, las patentes de introducción que constituían una forma de proteccionismo industrial han desaparecido prácticamente de los Estados, y

ahora la novedad requerida para las patentes está establecida a nivel mundial, para la práctica totalidad de los países del mundo.

En el espíritu de los Acuerdos ADPIC se ha flexibilizado aún más el requisito de explotación de las patentes, permitiéndose en la actualidad, que la importación de mercancías fabricadas en otros Estados pertenecientes a la Unión Europea o a la Organización Mundial del Comercio sea considerada suficiente.

Esta armonización internacional consistente en que la protección de la Propiedad Industrial a nivel nacional sea absorbida por la protección de la Propiedad Industrial, a nivel universal, indudablemente ha tenido unos logros importantes para la tramitación de las solicitudes. Los ya citados Tratados Universales: el Convenio de la Unión de París, el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT), el Tratado sobre cuestiones formales del Derecho de Patentes (PLT), el Convenio sobre la Patente Europea (CPE) y el Acuerdo de Londres, son muestras importantes de la armonización concreta y práctica ya conseguida a nivel mundial para no tener que multiplicar las tramitaciones de las solicitudes de patente, las búsquedas de anterioridades y los exámenes de patentabilidad.

Por otro lado, la tendencia legislativa a ampliar el campo de las materias patentables y los requisitos de patentabilidad se ha ido desarrollando al mismo tiempo que la armonización sobre formalidades. Sin embargo, aun cuando la armonización de los requisitos de patentabilidad en el Tratado sobre el Derecho Sustantivo de

Patentes (SPLT), está lejos de ver la luz, en relación con las materias patentables hay que destacar la tendencia mundial a permitir la plena patentabilidad, tanto de los productos químicos y farmacéuticos como de sus primeros y segundos usos.

Hay que recordar, a este respecto los claros ejemplos de Alemania, España y la India. Alemania desde 1877, la India cuando se declaró independiente en 1947 y España desde el Estatuto sobre la Propiedad Industrial de 1929 no permitieron la patentabilidad de los productos químico y/o farmacéuticos. El motivo era el de poder desarrollar sus industrias nacionales, lo cual no era posible otorgando derechos sobre dichos productos a firmas extranjeras. El resultado fue, en su época espectacular. Alemania en la primera mitad del siglo XX se convertía en el primer país exportador del mundo de productos químicos con un 90% de cuota. Las empresas de producción química de la India pronto pidieron a su Gobierno el unirse al Convenio de la UNION de París para poder proteger sus productos químicos en el extranjero. España, por último, ha podido tener un periodo de transición hasta el 7 de octubre de 1992, para adecuar su industria química y farmacéutica y las correspondientes patentes de procedimiento, para proteger dichos productos, durarán, por tanto, hasta octubre de 2012.

En el campo de la biotecnología tanto en los Estados Unidos de América, como en los importantes países de Asia (Japón, China, Corea), como en Europa (mediante Directiva Comunitaria) la posibilidad de proteger las invenciones sobre la materia viva, los micro-

organismos y los procedimientos biológicos, etc., es cada vez mayor. Sin embargo, en el campo de los procedimientos implementados por ordenador, la armonización de su patentabilidad, entre los Estados Unidos de América y Europa está aún lejos de ser un logro.

### 3.2. Los peligros y los inconvenientes de la excesiva Armonización

Es un **primer hecho** el que la globalización armonizada tanto de las tramitaciones como de las legislaciones en el sistema internacional de patentes beneficia a las grandes firmas multinacionales. Los Acuerdos ADPIC sólo se pudieron lograr por parte de los países más industrializados, en el marco de la Organización Mundial del Comercio, como contrapartida a las mejoras otorgadas a los países en vías de desarrollo para la exportación de sus materias primas y de sus productos agrícolas. Dichos Acuerdos ADPIC no son favorables a dichos países en vías de desarrollo, que necesitan, para su expansión industrial a nivel nacional, precisamente, unos derechos de patente acordes con su actual bajo nivel de industrialización. Por dicho motivo, el “Grupo de Amigos del Desarrollo” viene negándose en el marco de la OMPI a la armonización que pueda establecer el proyecto de Tratado SPLT, y exige regular dicha armonización para combatir prácticas anticompetitivas y de indefensión. Su loable deseo es poder generar, a través de sus pymes, riqueza industrial local.

Es un **segundo hecho** que la armonización de los derechos de patente viene necesitando, como cuestión práctica, una simplifica-

ción de los sistemas lingüísticos que rigen en la actualidad. El ejemplo más claro es el de la pretendida patente comunitaria o derecho único para los 27 países miembros de la Unión Europea. Sin embargo, la Unión Europea está aún muy lejos de ser un área monolingüística y los efectos colaterales que se producirían serían muy perjudiciales para muchos sectores en varios países.

Así por ejemplo, en el caso referido de la patente comunitaria el monopolio lingüístico del inglés, francés y alemán en perjuicio del resto de los idiomas de la Unión Europea y con especial incidencia en perjuicio del español hablado aproximadamente por 450 millones de personas en el mundo, tendría consecuencias muy negativas a nivel jurisdiccional, político y económico.

A *nivel jurisdiccional* está claro que se produciría una clara indefensión para las entidades españolas al tener que responder y actuar ante tribunales no españoles, lo que normalmente produciría el allanamiento sobre todo de las pymes incapaces de afrontar el alto costo de su defensa ante tribunales comunitarios en respuesta a las reclamaciones de grandes entidades extranjeras.

A *nivel económico* la desaparición del español tecnológico afectaría, en efecto, a la enorme información actual en idioma español que sobre patentes se ofrece a nivel mundial, a las posibilidades actuales que tienen los cuadros de examinadores de las Oficinas de Patentes tanto españolas, como de los 31 países hispano-parlantes de Iberoamérica, a los centros de investigación y a las industrias

innovadoras tanto de España, como de dichos países hermanos. Así por ejemplo, en el año 2007 se realizaron 3.113.798 consultas en la base de datos de la web de la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) y se descargaron 2.000.604 documentos completos de patentes y modelos de utilidad, en español, de dicha base de datos (OEPM-PAT). Este español tecnológico es parte esencial de la industria de la lengua española que según informes oficiales viene a representar un 15% del PIB de España. Su desaparición afectará gravemente a dicho PIB.

A nivel político el “certificado de defunción” de nuestra lengua a nivel tecnológico nos relegaría frente a los otros Estados europeos que tienen como lengua oficial el francés, el inglés o el alemán a una posición de segunda categoría. En Europa existirían dos clases de ciudadanos, quedando los españoles discriminados, por su lengua a estar en la segunda clase. Ello es totalmente contrario al espíritu de igualdad establecido en la Carta Magna de la Unión Europea y recogido en su Carta de Derechos Fundamentales para los Ciudadanos de la Unión Europea (Tratado de Niza, actualmente en vigor y Tratado de Lisboa del 13 de diciembre de 2007). Ello es igualmente contrario a la interpretación que sobre el uso de las lenguas ha hecho recientemente el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. En su sentencia T185/05 del 20 de noviembre de 2008, relacionada con una demanda presentada por Italia y apoyada por España y Letonia frente a la Comisión de las Comunidades Europeas, dicho Tribunal ha fallado en el sentido que no es admisible, que la Comisión de las Comunidades

Europeas inserte, en el Diario Oficial de la Unión Europea, unos anuncios sólo en alemán, en francés y en inglés. Este Tribunal mantiene el criterio de que en la Unión Europea no puede haber discriminación entre los distintos idiomas oficiales de sus 27 Estados miembros.

El colonialismo y la dependencia de los países europeos favorecidos por esta discriminación implicaría la pérdida de miles de puestos de trabajo, a todos los niveles, tanto en España como en el resto del mundo hispano-parlante (investigadores, inventores, industrias, etc).

Los mayores esfuerzos en I+D+i, para crear nueva riqueza y mayor competitividad implican para las empresas hispano-parlantes el crear nuevas herramientas cada vez más sofisticadas, en un marco claro, sencillo y fácil en el cual el propio idioma es primordial.

Es un **tercer hecho** que la armonización viene influyendo en el indebido mal uso que de las patentes se está haciendo en ciertos sectores “financieros”.

Las empresas para poder defenderse frente a la cada vez más pujante competencia y poder tener una posición dominante, vienen procurando hacerse con carteras de patentes cada vez más amplias. Las patentes se acaban convirtiendo en bienes intangibles con un valor intrínseco, en cierto modo, independiente de su valor industrial. Para ayudar a esta lucha por el monopolio, se vienen creando firmas (*patent trolls*) con la única finalidad de adquirir, bien

por compra directa, bien acudiendo a subastas, todas las patentes de muy distinta calidad que les permitan tener amplias carteras en las distintas áreas de la tecnología para ofrecer unas posiciones dominantes a cualquier parte que necesite una ayuda “especial” en reclamaciones con terceros. Las patentes como producto de presión frente a empresas o personas con posibilidades económicas limitadas vienen perdiendo su finalidad industrial pasando a tener una finalidad “financiera”.

La armonización internacional que puede beneficiar a los países del mundo con mayor capacidad financiera, con mayor capacidad comercial y con situación lingüística privilegiada, puede generar por ello flujos descontrolados de tecnología con claros perjuicios de toda índole para el desarrollo económico de los países menos favorecidos.

Es un **cuarto hecho** el impacto negativo que la armonización internacional puede tener en la competitividad de las empresas de ciertas áreas geográficas. El ejemplo más claro ocurriría en Europa si llegara a entrar en vigor la patente comunitaria para la Unión Europea.

Actualmente, en el mundo hay una hiperinflación en la presentación de solicitudes de patente. Los datos del año 2005 son elocuentes al respecto. Dicho año hubo 1 millón de solicitudes de patente prioritarias presentadas por residentes. De ellas el 14% se presentaron en la Oficina Europea de Patentes de Munich (140.000) y el 86% restante se presentaron en las Oficinas de

Patentes de otros países (360.000 en la Oficina de Patentes de Japón, 200.000 en la Oficina de Patentes de los Estados Unidos de América, 120.000 en la Oficina de Patentes de Corea, 100.000 en la Oficina de Patentes de China, etc.). Una de las finalidades de la patente comunitaria es abaratar lo más posible el costo actual de la patente europea. Al entrar en funcionamiento la patente comunitaria este abaratamiento del costo produciría un notable incremento de solicitudes de patente ante la Oficina Europea de Patentes. En números absolutos, este incremento provendría principalmente de las áreas geográficas del mundo que actualmente son las más activas en la referida proporción del 86% mundial. Esta hiperproducción de patentes, con una calidad cada vez más controvertida, tendría como consecuencia que la Unión Europea se encontraría cada vez más inundada de dudosos derechos de titulares, residentes fuera de sus fronteras, con la consiguiente pérdida de competitividad para las propias empresas europeas frente a las empresas del resto del mundo.

Todo ello lleva a la conclusión de la necesidad de encontrar un equilibrio coordinado entre la continua pujanza de los países industrialmente más desarrollados para armonizar a ultranza los sistemas de patentes y la de los países receptores de su tecnología, que con otras prioridades y necesidades pueden tardar más tiempo en llegar a los niveles de riqueza de los primeros por la utilización de la propiedad industrial.

## Relación de siglas utilizadas

**ADPIC:** Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Este Acuerdo es más conocido por su acrónimo en lengua inglesa – TRIPS *“Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights”*

**ARIPO:** Organización Regional Africana sobre la Propiedad Intelectual. Esta sigla inglesa corresponde a *“African Regional Intellectual Property Organization”*.

**BIRPI:** Oficinas Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual. Esta sigla francesa corresponde a los *“Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle”*.

**CPE:** Convenio sobre la Patente Europea.

**CUP:** El Convenio de la UNION de París para la Protección de la Propiedad Industrial.

**EPLA:** Acuerdo sobre litigios relacionados con patentes europeas. Esta sigla inglesa corresponde a *“European Patent Litigation Agreement”*.

**GATT:** Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio. Esta sigla inglesa corresponde a *“General Agreement on Tariffs and Trade”*.

**OEAP:** Organización Euroasiática de Patentes.

**OEP:** Oficina Europea de Patentes.

**OMC:** Organización Mundial del Comercio.

**OMPI:** Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual.

**PCT:** Tratado de Cooperación en materia de Patentes. Esta sigla inglesa corresponde a *“Patent Cooperation Treaty”*.

**PLT:** Tratado sobre el Derecho de Patentes. Esta sigla inglesa corresponde a *“Patent Law Treaty”*.

**SPLT:** Tratado sobre el Derecho Sustantivo de Patentes. Esta sigla inglesa corresponde al *“Substantive Patent Law Treaty”*.

**TPI:** Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.

**UNCTAD:** Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Esta sigla inglesa corresponde a *“United Nations Conference on Trade and Development”*.

# El acuerdo ADPIC de la Organización Mundial del Comercio y la transferencia de tecnología

## 1. Introducción

El objetivo de este capítulo es examinar la incidencia del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio ("Acuerdo ADPIC"), Anexo 1 C al Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del

\* Es Licenciado en Derecho (Premio Extraordinario de Licenciatura), Doctor en Derecho y Licenciado en Ciencias de la Información por la Universidad Autónoma de Barcelona, y Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Harvard (Premio Laylin). En la actualidad es profesor de Derecho Internacional de la Universidad Ramón Llull (ESADE) y socio responsable del Departamento de Propiedad Industrial e Intelectual del bufete Clifford Chance en España. Forma parte del Comité Editorial de la *Revista Española de Economía de la Salud*, y de *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, así como del Comité de Redacción de *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*. Además, es el editor de las revistas *Patent World* e *IT Law Today* para España. Ha escrito varios libros y más de sesenta artículos publicados en revistas de prestigio internacional como *American Journal of International Law*, *German Yearbook of International Law*, *Columbia Journal of Transnational Law*, *Journal of World Intellectual Property* y *Journal of World Trade*.

Comercio ("OMC"),<sup>1</sup> sobre la transferencia de tecnología. El Acuerdo ADPIC, conocido como "TRIPS" en el mundo anglosajón (su acrónimo en lengua inglesa), ha sido definido en una importante Sentencia como "[...] *el instrumento más importante elaborado en el siglo XX para la protección de la propiedad intelectual (según el sentido internacional del término)*".<sup>2</sup> En efecto, se trata del tratado internacional más importante celebrado hasta la fecha para la protección de la propiedad industrial e intelectual.<sup>3</sup> Es una de las criaturas de la última Ronda de Negociaciones Comerciales Multilaterales celebradas en el marco del antiguo GATT (la denominada "Ronda Uruguay"<sup>4</sup>), rebautizado a partir del 1 de enero de 1995 como "OMC."<sup>5</sup>

1 Instrumento de Ratificación de 30 de diciembre de 1994, publicado en el Suplemento del *Boletín Oficial del Estado* Núm. 20 de 24 de enero de 1995.

2 Sentencia de 26 de octubre de 2006 de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid (Ratiopharm c. Warner-Lambert).

3 De acuerdo con el artículo 1.2 del Acuerdo ADPIC "a los efectos del presente Acuerdo, la expresión «propiedad intelectual» abarca todas las categorías de propiedad intelectual que son objeto de las secciones 1 a 7 de la Parte II, las cuales comprenden el derecho de autor y derechos conexos, las marcas de fábrica o de comercio, las indicaciones geográficas, los dibujos y modelos industriales, las patentes, los esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados y la información no divulgada ("know-how").

4 Las negociaciones de la Ronda Uruguay, en el marco de las cuales se gestó el Acuerdo ADPIC, empezaron en el Hotel San Rafael (Punta del Este, Uruguay) el 20 de septiembre de 1986 y finalizaron con la firma del Acta Final de Marrakech hecha el 15 de abril de 1994. La Ronda Uruguay (1986-1993) fue la octava ronda de negociaciones comerciales multilaterales celebrada en el marco del GATT. Los acuerdos entraron en vigor el día 1 de enero de 1995, tras su firma en la ciudad de Marrakech el 15 de abril de 1994 y su posterior ratificación por los Estados firmantes. Las negociaciones dieron lugar al "Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio" y a acuerdos específicos sobre agricultura, medidas sanitarias y fitosanitarias, textiles, obstáculos técnicos al comercio, medidas en

Se tratarán los siguientes aspectos:

Tomaremos como punto de partida las cuestiones terminológicas. Así, en primer lugar se repasarán brevemente las definiciones de "tecnología" y "transferencia de tecnología" formuladas desde varios sectores, los principales canales a través de los cuales se produce la transferencia de tecnología y los principales tratados internacionales relativos a la protección de la propiedad industrial e intelectual.

Inmediatamente después se examinarán las disposiciones del Acuerdo ADPIC en materia de transferencia de tecnología, desde el Preámbulo hasta el párrafo 2 del artículo 66, el cual contiene la obligación más específica en este campo.

Más adelante, en la tercera parte se analizará el Mecanismo de Supervisión aprobado por la Decisión del Consejo de los ADPIC de 19 de febrero de 2003, mediante la que se ha intentado fomen-

materia de inversiones relacionadas con el comercio, dumping, licencias de importación, inspecciones previas a la expedición, normas de origen, subvenciones, salvaguardias, servicios, comercio de aeronaves civiles, contratación pública, productos lácteos y carne de bovino.

5 Con relación a la incidencia de la creación de la OMC sobre el denominado "sistema GATT" puede consultarse BUHOUR, C., *El Comercio Internacional, del GATT a la OMC*, Ed. Salvat, Barcelona, 1996; MONTAÑA MORA, M., "Las Novedades Reales tras la Creación de la Organización Mundial del Comercio", en *Revista CIDOB d' Afers Internacionals*, Núm. 29-30, 1995, p. 7 ss; MONTAÑA MORA, M., *La OMC y el Reforzamiento del Sistema GATT*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997.



tar el cumplimiento de la obligación a cargo de los países desarrollados de ofrecer a las empresas e instituciones de su territorio incentivos destinados a propiciar la transferencia de tecnología a los denominados "países menos adelantados".<sup>6</sup>

Acabaremos con unas conclusiones en las que se destaca que la transferencia de tecnología es un proceso complejo que depende de una amplia variedad de factores, uno de los cuales es la protección eficaz de los derechos de propiedad industrial e intelectual, especialmente en el caso de las tecnologías más sofisticadas. La experiencia tras la entrada en vigor del Acuerdo ADPIC demuestra que se ha reducido la brecha tecnológica entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo, aunque ello ha sido debido no sólo a las disposiciones de este Acuerdo sino también a las medidas de liberación del comercio de bienes y servicios incluidas en el conjunto de acuerdos de la Ronda Uruguay, y a otros factores como la reducción del ciclo de vida de las tecnologías, el aumento de la accesibilidad de Internet, la mejora del entorno macroeconómico y

<sup>6</sup> La OMC se remite a la clasificación de "países menos adelantados" ("PMA") de la ONU la cual, en la actualidad, comprende 50 países: Afganistán, Angola, Bangladesh, Benin, Bhután, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camboya, Chad, Comoras, Djibouti, Eritrea, Etiopía, Gambia, Guinea, Guinea Ecuatorial, Guinea-Bissau, Haití, Islas Salomón, Kiribati, Leshoto, Liberia, Madagascar, Malawi, Maldivas, Mali, Mauritania, Mozambique, Myanmar, Nepal, Níger, República Centroafricana, República Democrática del Congo, República Democrática Popular Lao, República Unida de Tanzania, Rwanda, Samoa, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Timor-Leste, Togo, Tuvalu, Uganda, Vanuatu, Yemen y Zambia. La lista se actualiza cada tres años por el Consejo Económico y Social de la ONU.

los regímenes reglamentarios de los países en vías de desarrollo, así como la mayor capacidad de los países en vías de desarrollo para adoptar nuevas tecnologías y adaptarse a ellas.

## 2. La tecnología, sus canales de transferencia y los principales tratados internacionales para su protección

### 2.1. La "tecnología" y la "transferencia de tecnología"

Debemos empezar abordando brevemente algunas cuestiones terminológicas, al objeto de intentar concretar qué hay que entender por "tecnología" y por "transferencia de tecnología." Si acudiéramos al Diccionario de la Lengua Española de la RAE, podríamos definir la "tecnología" como el "conjunto de los conocimientos propios de un oficio mecánico o arte industrial", o como el "conjunto de los instrumentos y procedimientos industriales de un determinado sector o producto." Estas definiciones han quedado un tanto estrechas en un mundo caracterizado por la importancia creciente del sector servicios. De ahí que, en principio, parezca preferible la definición que se ofrecía en el fracasado Código Internacional de la UNCTAD sobre Transferencia de Tecnología, en el que se definía la "tecnología" como el "conocimiento sistemático para la fabricación de un producto, para la aplicación de un procedimiento o para la prestación de un servicio." No obstante, el inconveniente de esta definición es que, tal como ha destacado la propia UNCTAD, deja fuera del concepto de "tecnología" a los bienes que son meramente vendidos o alquilados. Desde la perspectiva de la UNCTAD, lo que

constituye "tecnología" es "el conocimiento que lleva a la creación y provisión del producto o servicio, no el producto acabado o servicio como tal."<sup>7</sup>

A diferencia de la UNCTAD, la OCDE utiliza un concepto de "tecnología" más amplio. La segunda, tras destacar que "las empresas multinacionales son el principal vehículo de las transferencias internacionales de tecnología", ha observado que "las empresas pueden promover la difusión de tecnologías comercializando productos que integren nuevas tecnologías [...]".<sup>8</sup> Esta concepción más amplia coincide con la defendida por la doctrina económica, desde la que se ha definido "transferencia de tecnología" como "cualquier proceso por el que una parte accede a información técnica, la aprende y absorbe con éxito en su proceso de producción. La tecnología puede estar codificada (por ejemplo, en *blueprints*) o descodificada (por ejemplo,

el know-how de ingenieros). Puede estar incorporada en productos o descompuesta en ideas. La tecnología va desde elegir mezclas de *inputs* y la calidad de *outputs* hasta la organización de etapas de producción intermedias, management, medios de financiación, y otros elementos."<sup>9</sup> La referencia a la "absorción con éxito" de la tecnología transferida ilustra el cambio de percepción que se ha producido en esta materia desde mediados de los años 1980s. En efecto, actualmente se considera que en la promoción de la innovación tecnológica y en la transferencia y difusión de la tecnología, que, como se verá más adelante, constituyen algunos de los objetivos del Acuerdo ADPIC, lo que más importa no es la transferencia de tecnología *per se* sino su adaptación y asimilación en la economía local.<sup>10</sup> De hecho, la doctrina ha observado que existe mucha tecnología en el dominio público que no es utilizada debido a sus costes de absorción.<sup>11</sup> A ello cabría añadir que, en ocasiones, las empresas no utilizan tecnologías que forman parte del dominio público (por ejemplo, al ser objeto de patentes caducadas) debido a la poca cultura de propiedad industrial que, lamentablemente, todavía existe en nuestro país.<sup>12</sup> En el caso de

7 UNCTAD, *Transfer of Technology, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, United Nations, New York and Geneva, 2001, p. 6. En su Comunicación de 14 de febrero de 2003 al Grupo de Trabajo sobre Comercio y Transferencia de Tecnología, las CE y sus Estados miembros se hicieron eco de la siguiente definición manejada en las Naciones Unidas: "Se sostiene generalmente que existen cuatro aspectos fundamentales para la transferencia de tecnología: *technoware*, es decir los objetos o equipos físicos; *humanware*, que incluye las competencias y los aspectos humanos de la gestión y el aprendizaje tecnológicos; *infoware*, en particular los dibujos y modelos, los planos o esquemas, que son los documentos donde están incorporados los conocimientos sobre información y tecnología; y *orgaware*, que abarca los nexos del régimen de producción dentro del cual la tecnología se pone en funcionamiento." OMC, *Reflexiones sobre la Transferencia de Tecnología a los Países en Desarrollo y Menos Adelantados. Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados miembros*, IP/C/W/398 WT/WGTTT/W/5, de 14 de febrero de 2003, p. 2.

8 OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, París, 2000, p. 29.

9 MASKUS, K.E., "Transfer of Technology and Technology Capacity Building", en *ICTSD-UNCTAD Dialogue, 2nd Bellagio Series on Development and Intellectual Property*, 18-21 September 2003, p. 3.

10 ROFFE, P. & TESFACHEW, T., "Revisiting the Technology Transfer Debate: Lessons for the New WTO Working Group", *Bridges.*, *ICTSD*, Vol. 6, Num. 2, February 2002, p. 7.

11 MASKUS, K.E., "Transfer of Technology...", *op. cit.*, p. 6.

12 Ver HIDALGO, A., *Mecanismos de Transferencia de Tecnología y Propiedad Industrial entre la Universidad, los Organismos Públicos de Investigación y las Empresas*, Colección EOI Tecnología e Innovación, accesible en la página web de la Oficina Española de Patentes y Marcas ([www.oepm.es](http://www.oepm.es)), p. 70-71.

España, atendidas las enormes oportunidades que ofrece una gestión adecuada de los derechos de propiedad industrial e intelectual, es sorprendente el reducido número de empresas que cuentan con departamentos de "Propiedad Industrial."<sup>13</sup>

Generalmente se considera que la tecnología es uno de los principales factores de competitividad en la llamada "economía del conocimiento," como ha destacado la OCDE en sus estudios.<sup>14</sup> Se estima que el componente de "conocimiento" de los bienes manufacturados aumentó del 20 % en 1950 al 70 % en 1995.<sup>15</sup> Sobre la importancia económica de la tecnología nos remitimos al capítulo escrito por el ilustre Profesor Rafael Pampillón en esta misma obra. En este lugar, bastará destacar que para el desarrollo de la tecnología en un determinado país, y para atraer tecnologías procedentes de otros países, resulta fundamental la protección de la propiedad industrial e intelectual.<sup>16</sup> Así, incluso desde foros hostiles a los derechos de

propiedad industrial como, por ejemplo, la UNCTAD,<sup>17</sup> se ha destacado la incidencia negativa de la deficiente protección de la propiedad industrial sobre los procesos de transferencia de tecnología.<sup>18</sup>

En relación a los canales a través de los cuales tiene lugar la "transferencia de tecnología", se ha destacado en primer lugar el comercio de bienes y servicios. La doctrina ha observado que "todas las exportaciones comportan algún potencial para transmitir información tecnológica pues pueden ser estudiadas y ser objeto de

*Public-Private Initiatives after TRIPS: Designing a Global Agenda*, Bruselas, 16-19 de julio de 1997, p. 29.

<sup>17</sup> Como se expondrá más adelante, durante la Ronda Uruguay los países en vías de desarrollo fueron muy reacios a que se aumentaran los estándares de protección de la propiedad industrial en el marco del Acuerdo ADPIC, si bien acabaron aceptando el Acuerdo a cambio de las contrapartidas obtenidas en otros ámbitos de la negociación. No obstante, al objeto de intentar reducir el impacto de los compromisos adquiridos en materia de propiedad industrial, desde la UNCTAD se ha propiciado la publicación de varias obras en la que se formulan interpretaciones que pretenden rebajar el alcance de los compromisos adquiridos. Ver, por ejemplo, *UNCTAD-ICTSD, Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge University Press, 2005.

<sup>18</sup> Por ejemplo, al analizar la evolución del mercado farmacéutico en la India, la UNCTAD ha observado que "a pesar de las medidas de liberalización del mercado adoptadas durante los 1990s, ha habido un impacto pequeño en la transferencia de tecnología o en el interés de firmas extranjeras en invertir en la India. El gobierno ha adoptado procedimientos más fáciles y ha removido restricciones sobre royalties y otros pagos, y ha abandonado las cláusulas restrictivas en acuerdos de licencia y cooperación, pero hasta ahora con pocos resultados. El mayor inconveniente se considera la Ley de Patentes india, la cual todavía excluye patentes para los productos. Bajo el Acuerdo ADPIC, la India debe remover esta restricción en 2005, lo cual podría cambiar la situación." UNCTAD, *Transfer of Technology for Successful Integration into the Global Economy*, United Nations, New York and Geneva, 2003, p. 14, 94 y 114-115.

<sup>13</sup> Para aumentar la sensibilidad de nuestros empresarios frente a las oportunidades que ofrece una gestión adecuada de la tecnología, se han organizado valiosas jornadas como las "Jornadas de Fomento de la Transferencia de Tecnología y del Espíritu Emprendedor en la UCM" celebradas los días 13 y 14 de noviembre de 2007 en el marco de la *IV Semana del Emprendedor de Base Tecnológica*. Entre otros aspectos, se debatió el papel de las Oficinas de Transferencia de Resultados de Investigación ("OTRI") y la importancia de las patentes como instrumento de protección y como fuente de conocimiento.

<sup>14</sup> OCDE, *The Knowledge-based Economy: a Set of facts and figures*, París, 1999.

<sup>15</sup> ROFFE, P. & TESFACHEW, T., *op. cit.*, p. 7.

<sup>16</sup> También influyen otros factores, como la liberalización de los mercados, la desregulación, las políticas de incentivo de las tecnologías o las normas de competencia. Ver MASKUS, K.E., "The Role of Intellectual Property in Encouraging Foreign Direct Investment and Technology Transfer", manuscrito preparado para la Conferencia

ingeniería inversa.<sup>19</sup> En segundo lugar, suele mencionarse la inversión extranjera directa ("IED") a través de empresas multinacionales,<sup>20</sup> el cual constituye posiblemente el principal canal de transferencia de tecnología. En tercer lugar, puede mencionarse la adquisición de licencias sobre tecnologías extranjeras.<sup>21</sup>

Merece la pena mencionar también, junto a los anteriores canales, caracterizados como "transacciones de mercado", a los canales no transaccionales (*non-market channels*) como, por ejemplo, la imitación.<sup>22</sup> En España, por ejemplo, "la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley."<sup>23</sup> No obstante, en el caso de tecnologías valiosas, será raro el caso en el que no estén protegidas mediante derechos de exclusiva registrados (por ejemplo, patentes) o no registrados (por ejemplo, el know-how). Otros canales posibles son la fuga de personal a otra empresa, que será lícita en la medida en que se ajuste a las normas sobre

competencia desleal,<sup>24</sup> el estudio de patentes y solicitudes de patentes, las cuales constituyen una fuente de información tecnológica de un valor incalculable,<sup>25</sup> y la migración de estudiantes, científicos y personal directivo y técnico a universidades, laboratorios, y empresas situadas en países exportadores de tecnología.<sup>26</sup>

Mucho más restringida era la clasificación que contenía el mencionado Código Internacional sobre Transferencia de Tecnología de la UNCTAD,<sup>27</sup> la cual era coherente con el concepto de "transferencia de tecnología" incorporado en el mismo. Tal como ha destacado la UNCTAD, su concepción de "transferencia de tecnología" excluye "las transferencias de tecnología no comerciales, como las

19 MASKUS, K.E., "Transfer of Technology...", *op. cit.*, p. 3.

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*

22 MASKUS, K.E., "Transfer of Technology...", *op. cit.*, p. 4. Por el contrario, otros autores utilizan un concepto más restringido de "transferencia de tecnología." Blakeney, por ejemplo, sostiene que la "transferencia de tecnología" es el proceso mediante el que se disemina la tecnología comercial. Adopta la forma de una transacción de transferencia de tecnología, la cual puede o no estar cubierta por un contrato. BLAKENEY, M., *Legal Aspects of Technology Transfer to Developing Countries*, ESC Publishing, Oxford, 1989, p. 136.

23 Artículo 11.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

24 En particular, el artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal, que prohíbe la violación de secretos, y el artículo 14, que prohíbe la inducción a la infracción contractual.

25 Ver, por ejemplo, la excelente ponencia de Carmen Toledano sobre la importancia de las patentes como instrumento de protección y como fuente de conocimiento impartida en el marco de las mencionadas "Jornadas de Fomento de la Transferencia de Tecnología y del Espíritu Emprendedor en la UCM" (13 y 14 de noviembre de 2007).

26 MASKUS, K.E., "Transfer of Technology...", *op. cit.*, p. 4.

27 El Código contemplaba las siguientes medidas: (a) La cesión, venta y licencia de todas las formas de propiedad industrial, excepto para las marcas, marcas de servicio y nombres comerciales cuando no son parte de transacciones de transferencia de tecnología; (b) La provisión de know-how y pericia técnica en la forma de estudios de viabilidad, planos, diagramas, modelos, instrucciones, guías, fórmulas, diseños de ingeniería básicos o detallados, especificaciones y equipos de ensayo, servicios que comporten asesoramiento técnico y personal directivo, y entrenamiento personal; (c) La provisión de conocimiento tecnológico necesario para la instalación, manejo y funcionamiento de plantas y equipos, y proyectos llave en mano; (d) La provisión de conocimiento tecnológico necesario para adquirir, instalar y utilizar maquinaria, equipos, bienes intermedios y/o materias primas adquiridos mediante compra, arrendamiento u otros medios; (e) La provisión de contenidos tecnológicos de acuerdos de cooperación industrial y técnica.

que se encuentran en los acuerdos internacionales de cooperación entre países desarrollados y países en vías de desarrollo."<sup>28</sup> Como se verá más adelante, el distinto concepto de "transferencia de tecnología" utilizado por la UNCTAD, por un lado, y por los países de la órbita de la OCDE, por otro, ha generado una viva controversia sobre si estos últimos están cumpliendo con las obligaciones que el Acuerdo ADPIC impone a los países desarrollados en materia de transferencia de tecnología. Así, mientras que estos últimos incluyen dentro del concepto medidas más propias de la cooperación al desarrollo, los primeros utilizan una definición mucho más restringida.

A veces se olvida que la transferencia de tecnología no sólo exige medidas por parte del Estado transferidor, que se examinarán más adelante, sino también por parte del Estado receptor. Entre las medidas que puede adoptar el Estado interesado en ser receptor de tecnología extranjera se han destacado la financiación de la transferencia de la tecnología, medidas estructurales para facilitar la inversión directa extranjera, ayuda a la hora de facilitar el maridaje entre las empresas extranjeras que tienen la tecnología que necesitan las empresas locales, la promoción de las alianzas estratégicas entre el sector público y el sector privado, el acceso a capital riesgo, la promoción de alianzas internacionales, y medidas destinadas a mejorar la capacidad tecnológica y de absorción del Estado receptor, como por ejemplo, becas y otro tipo de apoyos a la investigación.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> UNCTAD, *Transfer of Technology*, op. cit., p. 7.

<sup>29</sup> UNCTAD, *Facilitating Transfer of Technology to Developing Countries: A Survey of Home-*

El estrecho vínculo que existe entre el progreso tecnológico y la protección jurídica de la innovación hizo que la Revolución Industrial trajera consigo los grandes tratados internacionales relativos a la protección de la propiedad industrial e intelectual, a los que se dedicarán unas breves líneas a continuación.

## 2.2. La protección de la tecnología como medio para incentivar la innovación

Teniendo en cuenta que los medios de comunicación general han catapultado al *star system* a grandes chefs como Ferran Adrià, Juan Mari Arzak o Martín Berasategui, no ha de sorprender que el primer antecedente de los incentivos destinados a fomentar la innovación se haya encontrado en el campo de la alta cocina, aunque, ciertamente, en aquellos remotos tiempos todavía no *nouvelle*. En efecto, algunos autores han situado el origen de los incentivos similares a las patentes en Sibaris, colonia griega en el Sur de Italia (720 a 510 a.C.), en la que se concedía un derecho de exclusión ("*ius prohibendi*") de un año de duración a quienes crearan una delicia culinaria.<sup>30</sup> No obstante, la idea de premiar a los inventores no

*Country Measures*, United Nations, New York and Geneva, 2004. Por su parte, la Secretaría de la OMC ha hecho referencia a medidas para atraer un mayor suministro de tecnología extranjera, el apoyo a la demanda de tecnologías extranjeras, alentar la interacción entre las empresas nacionales y las extranjeras y el apoyo a la capacitación de la mano de obra local. OMC, *Estudio sobre las Experiencias de Distintos Países en Relación con las Transferencias Internacionales de Tecnología Internacionales*, WT/WGTTT/W/3, de 11 de noviembre de 2002, p. 11-15.

<sup>30</sup> CHISUM, D.S. et alri, *Principles of Patent Law*, Ed. Foundation Press, 3ª edición, New

logró abrirse camino en la antigua Grecia, en parte debido a la oposición de Aristóteles, quien estaba más preocupado por el conocimiento que por las aplicaciones prácticas del conocimiento.<sup>31</sup> El Imperio Romano, del cual es tributario el derecho civil de buena parte de Europa continental, tampoco fue propicio para los inventores. A pesar de que desde la perspectiva actual pueda parecer sorprendente, el concepto de "propiedad intelectual", es decir, de un tipo especial de propiedad sobre bienes intangibles, es un concepto desconocido para el derecho romano.

De hecho, hubo que esperar al Renacimiento para que naciera el derecho de patentes tal como lo conocemos hoy en día. Así, la primera "patente" propiamente dicha de la que se tiene conocimiento fue concedida en el año 1421 por la República de Florencia a Filippo Brunelleschi para el barco con el que transportó el mármol de Carrara con el que construyó el *duomo* de la catedral de Florencia.<sup>32</sup> En la misma época, los gremios textiles empezaron a conceder determinados derechos de exclusiva sobre diseños originales de seda y lana. Todo ello contribuyó a que fraguara el primer antecedente de lo que hoy en día llamaríamos una "ley de patentes", la cual vio la luz a la orilla de los canales de la ciudad de Venecia el 19 de marzo de 1474. Dicha Ley perseguía incentivar el progreso tecnológico mediante la concesión de determinados

derechos de exclusiva y licencias de importación.<sup>33</sup> En la Ley de Patentes de Venecia se podía leer lo siguiente:<sup>34</sup>

*"Entre nosotros tenemos hombres de gran genio, capaces de inventar y descubrir utensilios ingeniosos; y a la vista de la grandeza y virtud de nuestra ciudad, un número mayor de estos hombres vienen a nosotros desde diversas partes todos los días. Ergo si se proveyera para los trabajos y utensilios descubiertos por dichas personas que otros que puedan verlos no pudieran explotarlos y privar al inventor de su honor, más hombres aplicarían su genio, descubrirían, y fabricarían utensilios de gran utilidad y beneficio para nuestra comunidad. En consecuencia:*

*Se acuerda que, mediante la autoridad de este Consejo, toda persona que fabrique cualquier utensilio nuevo e ingenioso en esta ciudad, no hecho anteriormente en nuestra comunidad, lo notificará a la oficina de nuestra Dirección General de Bienestar cuando se haya perfeccionado de modo que pueda ser utilizado y aplicado. Estando prohibido a cualquier otra persona en cualquiera de nuestros territorios y ciudades hacer más utensilios conformes o similares al mencionado, sin el consentimiento y licencia del autor, durante el término de 10 años. Y si alguien lo fabrica en violación de lo anterior, el mencionado autor e inventor tendrá derecho a que sea citado ante cualquier Magistrado de esta ciudad, a través de cuyo Magistrado el mencionado infractor será obligado a pagarle cien ducados; el utensilio será destruido de una vez. Estando, no obstante,*

York, 2004, p. 7, citando un manuscrito de Giles S. Rich, uno de los padres del derecho de patentes estadounidense, titulado *The Exclusive Right Since Aristotle*.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>34</sup> Traducción del autor.

*dentro de las facultades y discreción del Gobierno, en sus actividades, tomar y utilizar cualquiera de dichos utensilios e instrumentos, con la condición de que nadie excepto el autor lo explotará".*

Estos párrafos, leídos 535 años después de la aprobación de esta Ley, permiten identificar perfectamente en este primitivo texto los tres requisitos universalmente exigidos para que una invención sea patentable: novedad, actividad inventiva y aplicabilidad industrial.<sup>35</sup> El "sistema" de patentes veneciano se extendió rápidamente al resto de Europa a partir de los siglos XVI y XVII a través de la emigración de artesanos venecianos,<sup>36</sup> y al otro lado del Atlántico tras la independencia de los Estados Unidos de América.<sup>37</sup> Tal como se expondrá en las líneas que siguen, la Revolución Industrial y el clima de creciente cooperación internacional que caracterizó el siglo XIX haría también mella en el derecho de patentes.

### 2.3. Los grandes tratados internacionales para la protección de la propiedad industrial e intelectual del siglo XIX

Suele afirmarse que el siglo XIX fue el siglo de oro de los tratados internacionales multilaterales, mediante los que se intentó

35 De acuerdo con el artículo 27.1 del Acuerdo ADPIC "[...] las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial."

36 CHISUM, D.S., *Principles of Patent Law*, op. cit., p. 12-13.

37 *Ibid.*, p. 16.

"multilateralizar" los esfuerzos de los Estados por canalizar la cooperación internacional en todo tipo de materias, cuyo primer exponente encontramos en el Acta Final del Congreso de Viena de 9 de junio de 1815.<sup>38</sup> Dichos tratados respondían a las necesidades de cooperación de una sociedad internacional cada vez más interdependiente, las cuales derivaban de un complejo entramado de factores de diverso tipo, entre los que destacaban los de carácter técnico y económico. Así, se ha escrito que "los precedentes que comúnmente se invocan de las actuales Organizaciones Internacionales, de carácter gubernamental, o bien se movían por afinidades económicas de tipo hegemónico (las Comisiones Fluviales de los Ríos Danubio y Congo, por ejemplo), o bien venían impuestas por imperativos de orden técnico (las Uniones postales y telegráficas, fundamentalmente)."<sup>39</sup> El mundo de las invenciones tuvo un importante papel en la proliferación de los tratados multilaterales y en la creación de Organizaciones Internacionales mediante los mismos. Tal como destacó el profesor Mouton - no sin cierta exageración - en el curso que impartió en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en el verano de 1966 "cada vez que los científicos producen una gran invención, los políticos han de inventar una nueva institución para ocuparse de ella."<sup>40</sup>

38 SOBRINO HEREDIA, J.M., "Las Organizaciones Internacionales: Generalidades", en DIEZ DE VELASCO, M., *Las Organizaciones Internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 9ª Ed., 1995, p. 34.

39 MESA, R., *La Nueva Sociedad Internacional*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 147.

40 MOUTON, M.W., "The Impact of Science on International Law", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Vol. 119, 1966, p. 191.

Impulsados por la Revolución Industrial, en la segunda mitad del siglo XIX los principales Estados desarrollados decidieron "multilateralizar" la cooperación en el campo de la propiedad industrial e intelectual, la cual se había articulado hasta entonces mediante tratados bilaterales. Este fue el caldo de cultivo de los dos principales tratados sobre los que durante décadas pivotó el régimen internacional de la propiedad industrial e intelectual: (a) el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (el famoso "CUP") de 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979;<sup>41</sup> y (b) el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967, en París el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.<sup>42</sup>

Tanto el CUP como el Convenio de Berna, a pesar de que en su momento constituyeron una verdadera revolución y de que contribuyeron enormemente a aumentar la protección de los derechos

inmateriales en numerosos países, habían quedado un tanto anquilosados en la década de los 1980s, en buena medida como consecuencia de la falta de consenso político entre los Estados miembros para adaptarlos a las necesidades de los nuevos tiempos.

Junto a los sucesivos fracasos de los intentos de adecuar las disposiciones de estos Convenios en el estrecho marco sectorial de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ("OMPI"), la creciente importancia de la propiedad industrial e intelectual en los intercambios internacionales, llevó a algunos Estados a proponer que el debate se trasladara a un marco negociador más amplio y, en concreto, a las negociaciones del GATT. Así, enmarcando las negociaciones en un contexto negociador que no estuviera limitado a la propiedad industrial e intelectual, sino que abarcara muchas otras materias como la reducción de aranceles aduaneros, la agricultura o el comercio de servicios, por poner algunos ejemplos, se pretendió incentivar a los Estados que habían sido más renuentes a adaptar el CUP y el Convenio de Berna a las necesidades de los nuevos tiempos. Atendida la técnica negociadora tradicionalmente utilizada en las rondas de negociaciones comerciales multilaterales del GATT, consistente en negociar el conjunto de las materias como un "acuerdo paquete" ("*package deal*") global - lo tomas o lo dejas *todo*<sup>43</sup> -, lo

41 Publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 128, de 1 de febrero de 1974.

42 Publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 260, de 30 de octubre de 1974.

43 El Ministro de Comercio y Turismo de la época, Joaquín Gómez-Navarro, explicó a las Cortes Generales la significación de este "paquete global" en los siguientes términos: "Subrayar, por otra parte, que los acuerdos alcanzados se caracterizan por ser un compromiso único y global, por lo que no cabe pensar que en el futuro se reproduzcan situaciones indeseables de cara a la seguridad jurídica del comercio mundial, en virtud



cual exige realizar concesiones sectoriales por el camino, los negociadores pensaron que un buen "paquete global" podría constituir un incentivo para que los Estados realizaran concesiones sectoriales en el campo de la propiedad industrial e intelectual. Estas propuestas consiguieron abrirse camino, lo cual explica que la propiedad industrial e intelectual acabara siendo uno de los temas de negociación de la Ronda Uruguay del GATT (1986-1993). Tal como ha destacado la doctrina, ello ha provocado un desplazamiento del centro de gravedad de la propiedad industrial e intelectual de la OMPI hacia la OMC,<sup>44</sup> otra de las criaturas de la Ronda Uruguay.

Otro capítulo escrito por Alberto de Elzaburu y Enrique Armijo en esta misma obra ofrece una magnífica panorámica de la armonización internacional del sistema de patentes. Aquí nos limitaremos a señalar que tal como se ha anunciado en la Introducción, uno de los resultados de la Ronda Uruguay fue el Acuerdo ADPIC, el cual ha obligado a los Miembros de la OMC a establecer unos estándares mínimos de protección de la tecnología, lo cual ha comportado un avance significativo en el mencionado proceso de armonización.

de las cuales podía suceder que se asumieran algunos compromisos y otros no. La Ronda Uruguay ha de aceptarse en bloque o no hacerlo." Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Año 1994, V Legislatura, Núm. 112, Sesión plenaria núm. 111 celebrada el jueves, 1 de diciembre de 1994, p. 5961.

<sup>44</sup> ZHANG, S., *De l' OMPI au GATT. La Protection Internationale des Droits de la Propriété Intellectuelle*, Ed. Litec, Paris, 1994.

Moveremos nuestro punto de mira, una vez expuesta la estructura de los dos principales Convenios en que tradicionalmente se había venido fundamentando la protección internacional de la propiedad industrial e intelectual y la incidencia que sobre los mismos tuvo la Ronda Uruguay del GATT, hacia las disposiciones más relevantes del Acuerdo ADPIC en materia de transferencia de tecnología.

### 3. Las disposiciones del ADPIC en materia de transferencia de tecnología

#### 3.1. Introducción: el Acuerdo ADPIC es un acuerdo "mixto"

Observando las dificultades de orden práctico que ha planteado históricamente la vinculación de las Comunidades Europeas ("CE") con el sistema GATT, no es de sorprender que también se plantearan dificultades a la hora de firmar los acuerdos de la Ronda Uruguay.

La realidad es que hasta la Ronda Uruguay, las relaciones de la CE con el sistema GATT se habían caracterizado por una alta dosis de pragmatismo.<sup>45</sup> De hecho, la CE nunca llegó a ser parte contratante *de iure* del Acuerdo General de Aranceles y Comercio de 1947

<sup>45</sup> Sobre las relaciones de la CE con el sistema GATT/OMC véase MONTAÑÁ MORA, M., *Las Comunidades Europeas y el Sistema GATT-OMC*, Ed. Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad Autónoma de Barcelona, 1996.

("GATT 1947"),<sup>46</sup> si bien a lo largo de los años fue tratada como una parte *de facto* en el mismo y participó en todas las rondas de negociaciones celebradas desde la Ronda Dillon. Desde la perspectiva del derecho comunitario, la vinculación de la CE al sistema GATT encontró su fundamento en la Sentencia *International Fruit Company*, en la que el TJCE estableció que en la medida en que de acuerdo con el Tratado de Roma la Comunidad había asumido las competencias previamente ejercidas por los Estados miembros en las áreas cubiertas por el GATT, sus disposiciones vinculan a la Comunidad.<sup>47</sup> No obstante, a lo largo de los años, la expansión de los ámbitos de actuación del GATT acabaría por sembrar dudas acerca de la competencia exclusiva de la Comunidad para concluir algunos de los acuerdos adoptados en el marco del mismo. Así, en la Ronda de Tokio (1973-1979), los acuerdos sobre obstáculos técnicos al comercio y comercio de aeronaves civiles fueron concluidos como "acuerdos mixtos", al discutir algunos Estados miembros la competencia exclusiva de la Comunidad.

Terminadas las negociaciones, la cuestión de la competencia para concluir los acuerdos no se planteó abiertamente hasta el último momento. Todas las negociaciones fueron llevadas a cabo por la Comisión en representación de la Comunidad, asistida por el habitual comité de representantes de los Estados miembros, conocidos

como "las suegras."<sup>48</sup> No obstante, en la reunión del Consejo de Ministros celebrada los días 7 y 8 de marzo de 1994 los Estados miembros dejaron bien claro que en la reunión a celebrar en Marrakech el día 15 de abril procederían a firmar el Acuerdo de la OMC y el Acta Final de la Ronda Uruguay junto a la Comunidad, por considerar que los acuerdos afectaban a cuestiones de competencia nacional, como los servicios y la propiedad intelectual. Ante este estado de cosas, el día 6 de abril de 1994 la Comisión solicitó un dictamen al Tribunal de Justicia en base al artículo 228.6 del Tratado CE para que se manifestara al respecto. En su respuesta, el TJCE realizó una distinción entre las medidas en frontera (Sección 4 de la Parte III) y el resto de disposiciones del Acuerdo. Mientras que las primeras, al ser medidas adoptadas por las autoridades aduaneras en las fronteras exteriores de la Comunidad, serían competencia exclusiva de esta última, el resto de disposiciones caerían fuera del ámbito de aplicación de la política comercial común, lo cual exigió la conclusión del Acuerdo ADPIC como un acuerdo "mixto".

<sup>46</sup> Véase *Boletín Oficial del Estado* Núm. 24 de 28 de enero de 1964, p. 202 ss.

<sup>47</sup> Asuntos 21-24/72 *International Fruit Company v. Produktschap voor Groenten en Fruit*, Rec. 1972, p. 1219 ss.

<sup>48</sup> BOURGEOIS, J.H.J., "The EC in the WTO and Advisory Opinion 1/94: An Echternach Procession", en *Common Market Law Review*, Vol. 32, 1995, p. 763.

## 3.2. Disposiciones del Acuerdo ADPIC en materia de transferencia de tecnología

### 3.2.1. Introducción

Antes de poder valorar la incidencia del Acuerdo ADPIC en la transferencia de tecnología resultaría necesario que los Miembros de la OMC alcanzaran un consenso sobre qué hay que entender por "tecnología." Si partiéramos de la amplia definición de "transferencia de tecnología" que manejan los países de la OCDE, el examen de la incidencia de los acuerdos de la Ronda Uruguay sobre la transferencia de tecnología obligaría a estudiar no sólo las disposiciones del Acuerdo ADPIC, sino también las de otros acuerdos con gran incidencia en esta materia, como por ejemplo, el Acuerdo sobre medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio,<sup>49</sup> el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias<sup>50</sup> y el Acuerdo sobre el comercio de Servicios.<sup>51</sup> Incluso dentro del Acuerdo ADPIC, cabría examinar disposiciones con una incidencia indirecta sobre esta materia, tales como el artículo 31, relativo a los

<sup>49</sup> Puede consultarse, por ejemplo, TEJELLO, C., "Medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio", en el número extraordinario del *Boletín de Información Comercial Española* dedicado a la Ronda Uruguay.

<sup>50</sup> Puede consultarse, por ejemplo, MONTAÑA MORA, M., "El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Ronda Uruguay", en *Derecho de los Negocios*, Año 7, Núm. 74, p. 12 ss.

<sup>51</sup> Puede consultarse, por ejemplo, LÓPEZ ESCUDERO, M., *El Comercio Internacional de Servicios después de la Ronda Uruguay*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.

usos de la materia objeto de una patente que los Miembros de la OMC pueden autorizar sin el consentimiento de su titular (por ejemplo, las llamadas licencias "obligatorias").

Favoreciendo una concepción más restringida que tome en consideración únicamente los artículos del Acuerdo ADPIC directamente relacionados con obligaciones adquiridas por los Estados miembros en materia de transferencia de tecnología, cabría distinguir tres grupos de disposiciones: (a) las referencias del Preámbulo; (b) las disposiciones generales y principios programáticos; y (c) las obligaciones sustantivas.

El Acuerdo ADPIC se ha sumado a la larga lista de tratados internacionales que contienen disposiciones en materia de transferencia de tecnología.<sup>52</sup> Tal como se explicará a continuación, el grado de obligatoriedad de los tres grupos de disposiciones anunciadas va de menos a más.

### 3.2.2. Preámbulo

Los preámbulos de los tratados internacionales tienen una gran importancia desde la perspectiva de la interpretación teleológica, pues anuncian los grandes objetivos del tratado. En el frontispicio del Acuerdo ADPIC los Miembros de la OMC anuncian que han

<sup>52</sup> Ver UNCTAD, *Compendium of International Arrangements on Transfer of Technology: Selected Instruments*, United Nations, 2001.

convenido aplicar las disposiciones del Acuerdo deseosos de "reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo, y teniendo en cuenta la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo." Tras reconocer que "los derechos de propiedad intelectual son derechos privados" y "los objetivos fundamentales de política general pública de los sistemas nacionales de protección de los derechos de propiedad intelectual, con inclusión de los objetivos en materia de desarrollo y tecnología", el Preámbulo destaca también "las necesidades especiales de los países menos adelantados Miembros por lo que se refiere a la aplicación, a nivel nacional, de las leyes y reglamentos con la máxima flexibilidad requerida para que esos países estén en condiciones de crear una base tecnológica sólida y viable."

Independientemente de que el Preámbulo no contenga ninguna referencia explícita a la obligación de facilitar la transferencia de tecnología, dicha transferencia debe ser la consecuencia natural del establecimiento de los estándares mínimos de protección de la propiedad intelectual que impone el Acuerdo. Con relación al alcance de las declaraciones de carácter general que se enuncian en el Preámbulo, hay que tener en cuenta que, en principio, los objetivos de carácter general que suelen enunciarse en los preámbulos de los Tratados Internacionales no tienen carácter obligatorio salvo que se plasmen en obligaciones concretas a lo largo del articulado

del Tratado. No obstante, los mencionados objetivos forman parte del "contexto" que hay que tener en cuenta a la hora de interpretar las disposiciones del Tratado conforme a las reglas del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 y, como se ha mencionado, son importantes de cara a la interpretación teleológica o finalista.

### 3.2.3. Disposiciones generales y principios básicos

Con relación a la Parte Primera del Acuerdo, señalaremos que tras formular el principio "*pacta sunt servanda*" (los pactos deben observarse) en el artículo 1 y los principios tradicionales del antiguo GATT (actual OMC) de "trato nacional" (artículo 3) y "nación más favorecida" (artículo 4), expresa el siguiente objetivo: "La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones."<sup>53</sup> Como se habrá observado, el artículo transcrito simplemente asume que la transferencia y difusión de la tecnología será la consecuencia lógica del cumplimiento de las obligaciones de protección previstas en el Acuerdo.

<sup>53</sup> Artículo 7.

Igual de importante es el artículo 8 (titulado "Principios"), el cual establece que "1. Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo. 2. Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de la tecnología."

#### 3.2.4. Obligaciones específicas

Tomando en consideración la necesidad de que los países en vías de desarrollo cuenten con la flexibilidad necesaria para ajustarse a las obligaciones del Acuerdo, la Parte VI prevé amplios períodos transitorios a favor de aquéllos. En particular, el apartado 1 del artículo 66 establece que "habida cuenta de las necesidades y requisitos especiales de los países menos adelantados Miembros, de sus limitaciones económicas, financieras y administrativas y de la flexibilidad que necesitan para establecer una base tecnológica viable, ninguno de estos Miembros estará obligado a aplicar las disposiciones del presente Acuerdo, a excepción de los artículos 3, 4 y 5, durante un período de diez años contado desde la fecha de aplica-

ción que se establece en el párrafo 1 del artículo 65. El Consejo de los ADPIC, cuando reciba de un país menos adelantado Miembro una petición debidamente motivada, concederá prórrogas de ese período."<sup>54</sup>

A continuación se analizará la disposición del Acuerdo ADPIC que presenta mayor relevancia desde la perspectiva de la transferencia de tecnología. Es el párrafo 2 del artículo 66, el cual impone una obligación muy específica:

*"Los países desarrollados Miembros ofrecerán a las empresas e instituciones de su territorio incentivos destinados a fomentar y propiciar la transferencia de tecnología a los países menos adelantados Miembros, con el fin de que éstos puedan establecer una base tecnológica sólida y viable".*

Tenemos que resaltar la suma importancia de este artículo pues, a diferencia de los principios programáticos del artículo 8, encierra una obligación jurídicamente exigible, tal como confirmaron los Ministros de los Miembros de la OMC en la Conferencia de Doha.<sup>55</sup> En efecto, el artículo 66.2 impone a los Miembros desarrollados una verdadera obligación de ofrecer incentivos a sus

<sup>54</sup> El 30 de noviembre de 2005 los Miembros acordaron prorrogar el período transitorio hasta el 1 de julio de 2013. Para los productos farmacéuticos, la prórroga se extendió hasta el 1 de enero de 2016 mediante Decisión del Consejo sobre los ADPIC de 27 de junio de 2002.

<sup>55</sup> OMC, WT/MIN(01)/17, párrafo 11.2

empresas e instituciones, los cuales deben estar vinculados a un fin muy concreto, que es fomentar y propiciar la transferencia de tecnología a los países menos adelantados al objeto de permitir que éstos desarrollen una base tecnológica sólida y viable. En consecuencia, para cumplir con esta obligación no valdría escudarse en las ayudas generales utilizadas por los Miembros en el marco de sus políticas generales de cooperación al desarrollo. Lo que exige el artículo 66.2 no es que los Miembros cooperen en el desarrollo de los países menos adelantados, sino que ofrezcan incentivos a sus empresas para que transfieran tecnología a dichos países, lo cual constituye una obligación mucho más específica. En otras palabras, la norma no está pensando en el *fin* (el desarrollo) sino en un *medio específico* (la transferencia de tecnología) dentro del amplio abanico de medidas posibles para alcanzar dicho fin (ayuda económica directa, tratados comerciales estableciendo condiciones preferenciales, etc).<sup>56</sup>

En una reunión que celebró el Consejo de los ADPIC los días 1 y 2 de diciembre de 1998, la Delegación de Haití solicitó información acerca de qué medidas habían aprobado los Miembros desarrollados para aplicar el apartado 2 del artículo 66 del Acuerdo. Los países menos adelantados denunciaron, con razón, que la obliga-

ción del artículo 66.2 quedaría en papel mojado salvo que fuera acompañada de mecanismos eficaces destinados a supervisar su grado de cumplimiento. A la vista de esta petición, el Consejo acordó que esa pregunta se distribuyera en un documento informal del Consejo de los ADPIC a todos los Miembros y que se invitara a los países desarrollados a suministrar información con relación a esa pregunta.

No hubo que esperar mucho tiempo para que en respuesta a dicha petición los principales Estados miembros de la OMC presentaran un conjunto de Comunicaciones cuyo contenido se resume a continuación.

Empezaremos con Nueva Zelanda, que presentó una Comunicación de fecha 11 de marzo de 1999 en la que se limitó a hacer una referencia a las medidas de carácter general aprobadas en el marco de sus políticas de cooperación al desarrollo y, en particular, en el marco del Plan de Inversiones y Desarrollo de las Islas del Pacífico (PIIDS) y el Servicio de Asistencia al Desarrollo de Asia (ADAF).<sup>57</sup>

<sup>57</sup> OMC, IP/C/W/132. Estos programas contemplaban proyectos relativos a la mejora de la infraestructura hidroeléctrica utilizando tecnologías desarrolladas en Nueva Zelanda, la aportación de nuevas tecnologías para mejorar la ordenación forestal, así como la asistencia de técnicos especializados. Además, hizo referencia a los fondos de asistencia técnica relacionados con la transferencia de tecnología en el Grupo del Banco Mundial, en el marco de la Corporación Financiera Internacional, y a las contribuciones realizadas al fondo de asistencia técnica de la OMC con el fin de organizar seminarios y proyectos de asistencia técnica para los países en vías de desarrollo.

<sup>56</sup> Sobre la incidencia del aprendizaje tecnológico y la innovación sobre el desarrollo de los países menos adelantados puede consultarse UNCTAD, *Los Países Menos Adelantados. Informe de 2007. El Conocimiento, el Aprendizaje Tecnológico y la Innovación para el Desarrollo*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2007.

Los Estados Unidos presentaron una Comunicación de fecha 9 de abril de 1999 en la que detalló de manera prolija diversas medidas previstas en sus leyes para contribuir al desarrollo de determinados países.<sup>58</sup>

También Japón presentó una Comunicación, la cual distribuyó el día 20 de abril de 1999.<sup>59</sup> Se trataba de un documento de escasamente dos páginas en el que simplemente se mencionaba el número de expertos y miembros de la "JOCV" (Voluntarios Japoneses para la Cooperación en el Extranjero) enviados al extranjero entre 1990 y 1997.

Es de justicia mencionar también la Comunicación de Australia, presentada el día 6 de mayo de 1999, en la que hizo referencia, de

58 OMC, IP/C/W/132/Add.1. Las medidas incluían becas a estudiantes para formarse en universidades estadounidenses, la creación de la Corporación para la Inversión Privada en el Extranjero, la creación de un fondo de desarrollo para incentivar al sector privado a fomentar el desarrollo del África Subsahariana, el establecimiento de una oficina de proyectos de inversión dentro de la Agencia para el Desarrollo Internacional, el establecimiento del Programa de Apoyo a la Democracia en Europa Oriental, la creación de Centros Empresariales Estadounidenses en los Estados independientes de la antigua Unión Soviética, un programa de transferencia de tecnología destinado a ayudar a las empresas estadounidenses a transferir tecnologías de energía renovable a países extranjeros, otro programa de transferencia de tecnología destinado a ayudar a las empresas de Estados Unidos a transferir tecnologías del carbón no contaminantes a países extranjeros, y un programa de transferencia de tecnología relativo a las tecnologías ambientales, el cual creaba un mecanismo financiero destinado a incentivar a las empresas estadounidenses a participar en proyectos de energía que reduzcan los contaminantes ambientales en los países en desarrollo.

59 OMC, IP/C/W/132/Add.2.

manera general, a los programas bilaterales, regionales y multilaterales de cooperación al desarrollo.<sup>60</sup>

Una nueva Comunicación fue presentada por las CE y sus Estados miembros el día 6 de agosto de 1999,<sup>61</sup> en la que aclararon que las medidas mencionadas son "mecanismos no orientados específicamente a la transferencia de tecnología sino diseñados para facilitar el flujo de inversiones". Por ejemplo, se destacó que "el establecimiento de un sistema de derechos de propiedad intelectual sólido y efectivo y la liberalización de los regímenes de inversión extranjera directa por los países en desarrollo son también importantes para facilitar la transferencia de tecnología". De entre los incentivos e instrumentos propiamente comunitarios, en la Comunicación se destacaron el Centro para el Desarrollo de la Industria (CDI) en el marco del Convenio *Ivbis* de Lomé, el Programa ECIP (Socios de Inversión de la Comunidad Europea), el Programa AL-Invest destinado a fomentar la cooperación industrial entre la UE y América Latina, el Programa Asia-Invest, similar al anterior, el Programa Asia-Ecobest, destinado a promover las mejores prácticas en relación con el medio ambiente, los préstamos del

60 OMC, IP/C/W/132/Add.3. Por poner algunos ejemplos, hizo referencia al Proyecto de pequeñas centrales hidroeléctricas en Laos, al Proyecto de Emisora de Radio Vanuatu, a la Escuela de Ingeniería de la Universidad de Asmara en Eritrea, a los proyectos sobre capacitación en cirugía de las cataratas y de formación en medicina y enfermería oftalmológicas en Camboya, y a sus contribuciones al Fondo de Cooperación Técnica del Organismo Internacional de Energía Atómica de las Naciones Unidas.

61 OMC, IP/C/W/132/Add.4.

Banco Europeo de Inversiones (BEI), y el Programa de Cooperación Internacional (INCO), cuyos recursos se destinaron en buena parte a la cooperación tecnológica y científica con los países en desarrollo en Asia, el África Subsahariana, el Mediterráneo y América Latina.

A continuación se examinarán brevemente los programas e incentivos desarrollados por los Estados miembros, los cuales destacan por su heterogeneidad. Así, mientras que Austria remitió cinco tristes líneas haciendo una referencia general a la formación, Dinamarca envió un informe mucho más detallado en el que destacó que dedica nada menos que el 1 % de su PIB a ayuda al desarrollo (1.700 millones de dólares EE.UU.). Por lo que hace referencia a España, se destacaron las subvenciones aprobadas por la Orden Ministerial de 8 de abril de 1994 para el fomento de actividades en la esfera de la propiedad industrial (por ejemplo, subvenciones para patentar en el extranjero), la prestación de información tecnológica gratis por parte de la Oficina Española de Patentes y Marcas a los países latinoamericanos, y algunos seminarios y cursos propiciados, respectivamente, por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, y por el Ministerio de Educación y Cultura. La información remitida por el gobierno español, haciendo gala de una gran creatividad e inspirada por el loable ánimo de hinchar el alcance de las actividades de formación desarrolladas por las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual españolas, contiene perlas como la siguiente: "Aunque hasta ahora no hay nada que indique que las entidades españolas de gestión desem-

peñan estas actividades en los países menos adelantados, no hay razón alguna de que no vaya a suceder". Huelga cualquier comentario.

Nadie debe extrañarse de que, con este tipo de respuestas, los países menos adelantados tuvieran la sensación de que se les estaba tomando el pelo. Su movilización llevó a que en la "Decisión de Doha sobre cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación", adoptada el 14 de noviembre de 2001,<sup>62</sup> se encargara al Consejo de los ADPIC que desarrollara un mecanismo que garantizase el control y la plena aplicación de las obligaciones de los países desarrollados de ofrecer a sus empresas incentivos destinados a fomentar específicamente la transferencia de tecnología hacia los países menos adelantados.<sup>63</sup> Las medidas aprobadas en la citada Decisión Ministerial para supervisar el cumplimiento de la obligación del apartado 2 del artículo 66 del Acuerdo ADPIC pueden resumirse en tres parámetros de actuación: (a) la presentación de informes "detallados" antes de que finalizara el año 2002 sobre el funcionamiento

<sup>62</sup> WT/MIN(01)/17.

<sup>63</sup> En particular, el párrafo 11.2 de la Decisión dice lo siguiente: "Reafirmando que las disposiciones del párrafo 2 del artículo 66 del Acuerdo sobre los ADPIC son obligatorias, se conviene en que el Consejo de los ADPIC establecerá un mecanismo para garantizar la supervisión y la plena aplicación de las obligaciones en cuestión. Con este fin, los países desarrollados Miembros comunicarán antes del final del 2002 informes detallados sobre el funcionamiento en la práctica de los incentivos ofrecidos a sus empresas para la transferencia de tecnología en cumplimiento de los compromisos contraídos en virtud del párrafo 2 del artículo 66. Esas comunicaciones serán objeto de examen en el Consejo de los ADPIC y los Miembros actualizarán la información anualmente".



en la práctica de los incentivos ofrecidos a sus empresas para fomentar la transferencia de tecnología; (b) el examen de los mencionados informes por parte del Consejo de los ADPIC; y (c) la actualización anual de los informes presentados.

Intentando exigir informaciones más específicas, el día 5 de julio de 2002 los países menos adelantados presentaron una Comunicación<sup>64</sup> en la que denunciaron que "la experiencia en la aplicación de acuerdos internacionales que contienen disposiciones en materia de transferencia de tecnología, comprendido el Acuerdo sobre los ADPIC, ha demostrado que, más allá de las salas de negociaciones, esas disposiciones han resultado, con frecuencia, promesas incumplidas". Para garantizar que los informes presentados por los Estados desarrollados realmente permitan supervisar en qué medida están cumpliendo con la obligación de ofrecer incentivos a sus empresas para que transfieran tecnología a los países menos adelantados (artículo 66.2 del Acuerdo ADPIC), éstos propusieron un mecanismo de supervisión que exigiera a los países desarrollados proporcionar información más detallada.<sup>65</sup> En resumen, lo

que pretendieron el Grupo de Países Menos Adelantados que presentaron la Comunicación de 5 de julio de 2002 fue que la obligación de los países desarrollados de ofrecer incentivos a las empresas para que transfieran tecnología a los primeros fuera interpretada como *hard law* ("derecho duro" o normas generadoras de obligaciones jurídicamente exigibles), y no como *soft law* ("derecho blando" o normas hortatorias).

Vale la pena mencionar que buena parte de las propuestas formuladas por el Grupo de Países Menos Adelantados en esta Comunicación cayeron en saco rato. Así, el 18 de septiembre de 2002 el Presidente del Consejo sobre los ADPIC presentó una nota en la que se limitó a sugerir que "podría solicitarse" a los Estados desarrollados que presentaran un informe cada tres años, y poca cosa más. Lógicamente, ello provocó una profunda decepción en el

información que indique que los incentivos notificados son específicos y están destinados sólo a las empresas e instituciones que transfieren tecnología a los países menos adelantados, y no corresponden a ayuda general para el desarrollo; (c) las actualizaciones anuales deben responder a preguntas formuladas por los países menos adelantados en los exámenes anteriores; (d) las mencionadas actualizaciones deben presentarse puntualmente y con antelación suficiente para permitir su estudio por parte de los países menos adelantados; (e) el Consejo de los ADPIC debe examinar "exhaustivamente" los informes iniciales y sus actualizaciones anuales; (f) deben tomarse medidas contra los Miembros desarrollados que no cumplan con lo previsto en el mecanismo de información y si dicho incumplimiento equivale a una violación de las obligaciones asumidas en el marco de la OMC; (g) las condiciones en que se realice la transferencia de tecnología deben atenerse a ciertas normas de competitividad y, en particular, un mecanismo que proteja plenamente los derechos de los países menos adelantados en virtud del artículo 40 del Acuerdo sobre los ADPIC.

<sup>64</sup> OMC, IP/C/W/357.

<sup>65</sup> En particular, propusieron que el mecanismo de supervisión tuviera en cuenta los siguientes elementos: (a) los informes deben ser lo suficientemente detallados y específicos como para identificar el incentivo, la correlación entre el régimen particular de incentivos y la obligación del artículo 66.2, la empresa o institución a la que se de el incentivo, el tipo y el coste de la tecnología transferida, las condiciones de transferencia, los países menos adelantados destinatarios de la transferencia, la idoneidad y la adaptabilidad local de la tecnología transferida y la empresa o institución beneficiaria de aquélla en el país menos adelantado Miembro; (b) los informes deben incluir

mencionado Grupo, el cual presentó una nueva Comunicación a través de la Delegación de Zambia el 26 de noviembre de 2002 en la que reiteró "la importancia que acuerda al pronto establecimiento del mecanismo para garantizar la supervisión y la plena aplicación de las obligaciones previstas en el párrafo 2 del artículo 66."<sup>66</sup>

#### 4. La decisión del Consejo de los ADPIC de 19 de febrero de 2003 sobre la aplicación del párrafo 2 del artículo 66

##### 4.1. Introducción

El día 19 de febrero de 2003, el Consejo de los ADPIC aprobó una "Decisión sobre la aplicación del párrafo 2 del artículo 66"<sup>67</sup> en la que, como se verá a continuación, se intentó encontrar el equilibrio entre las propuestas maximalistas del Grupo de Países Menos Adelantados y los planteamientos más modestos defendidos por los países desarrollados.

Resumiremos los cuatro ejes del Mecanismo de Supervisión aprobado mediante la mencionada Decisión: (a) Los países desarrollados deben presentar informes anuales sobre las medidas adoptadas o previstas para cumplir el apartado 2 del artículo 66. Con este fin, cada tres años presentarán "nuevos informes detallados", y en los años intermedios, actualizaciones de sus informes más recién

tes. Los informes se presentarán antes de la última reunión del Consejo prevista para el año en cuestión; (b) Los informes serán examinados por el Consejo en la reunión que celebra al final de cada año, en la cual los Miembros tendrán la oportunidad de formular preguntas en relación con la información presentada y el funcionamiento del mecanismo; (c) En la medida en que se proteja la información comercial confidencial, los informes deberán contener informaciones muy detalladas<sup>68</sup>; y (d) El Consejo debía examinar estas disposiciones, con miras a mejorarlas, al cabo de tres años a la vista de la experiencia adquirida.

##### 4.2. El funcionamiento de la Decisión del Consejo de los ADPIC de 19 de febrero de 2003 en la práctica

Seguidamente se examinará brevemente la Comunicación presentada por las CE y los Estados miembros, lo cual ilustrará cómo

<sup>68</sup> Los informes han de aportar, entre otros, los siguientes datos: (i) panorama general del régimen de incentivos establecido para cumplir las obligaciones del apartado 2 del artículo 66, incluido todo marco legislativo, de política y normativo; (ii) identificación del tipo de incentivo y del organismo gubernamental u otra entidad que lo conceda; (iii) empresas u otras instituciones con derecho a los incentivos que se encuentren en el territorio del Miembro que los ofrezca; y (iv) toda información disponible sobre el funcionamiento en la práctica de estos incentivos, como por ejemplo, información estadística, el tipo de tecnología transferida y las condiciones en las que se ha transferido, la modalidad de transferencia de tecnología, los países menos adelantados a los que esas empresas e instituciones han transferido tecnología y la medida en que los incentivos están referidos específicamente a países menos adelantados, y cualquier otra información disponible que ayude a evaluar los efectos de las medidas en cuanto a

<sup>66</sup> OMC, IP/C/W/390.

<sup>67</sup> OMC, IP/C/28.

ha funcionado en la práctica el mencionado Mecanismo de Supervisión:

#### 4.2.1. Incentivos comunitarios

Antes hemos señalado que la "doble" participación de las CE y sus Estados miembros en el Acuerdo ADPIC hace que éste sea un "acuerdo mixto." Ello explica que la Comunicación presentada por la Delegación de las CE el 29 de octubre de 2007 contenga tanto los incentivos propiamente comunitarios como los incentivos de los Estados miembros.<sup>69</sup> En el párrafo 2 se anunciaba que "el presente documento es un informe detallado sobre transferencia de tecnología presentado por las CE y sus Estados miembros." No obstante, la lectura del documento permite constatar que su contenido no se ajusta a lo que se anunciaba en el mencionado párrafo. Así, a pesar de que su extensión (aproximadamente 70 páginas) podría dar la falsa impresión de que se trata de una Comunicación extensa y detallada, en realidad no lo es tanto pues, como decíamos, abarca las medidas aprobadas por las CE y por cada uno de sus Estados Miembros. Además, la Comunicación adolece de un vicio que viene afectando a las Comunicaciones presentadas por las CE y sus Estados miembros, cual es la gran heterogeneidad de sus contenidos. Mientras que algunos países, como por ejemplo, Finlandia,

facilitan informaciones realmente pertinentes y detalladas, otros, como Austria, se limitan a suministrar datos irrelevantes de carácter general, mientras que un tercer grupo de Estados miembros no facilitan información de ningún tipo.

Respecto del apartado II de la Comunicación, titulado "Alcance y Naturaleza de la Información Facilitada", destaca una definición amplísima de lo que constituye "transferencia de tecnología." La amplitud de dicha definición permite a las CE y a sus Estados miembros presentar un amplio elenco de medidas con el pelaje de "transferencia de tecnología". Así, en el párrafo 4 de la Comunicación se anuncia que "por transferencia de tecnología se entiende los medios por los cuales las empresas y organizaciones adquieren tecnología procedente de fuentes extranjeras. Hay varios tipos de tecnologías, así como varios canales de transmisión. En efecto, la adquisición por los países menos adelantados (PMA) de una base tecnológica sólida y viable no depende únicamente del suministro de objetos o equipos físicos, sino también de la adquisición de conocimientos técnicos, de capacidades de gestión y producción, de un mejor acceso a las fuentes de conocimiento y de la adaptación a las condiciones económicas, sociales y culturales locales."

Inmediatamente después, la Comunicación destaca que "un canal privilegiado para la transferencia de tecnología, incluida la transferencia de conocimientos técnicos, son las inversiones extranjeras directas; los proyectos de investigación conjuntos entre socios del sector privado y/o del sector público son también

fomentar y propiciar la transferencia de tecnología a los países menos adelantados, con el fin de que éstos puedan establecer una base tecnológica sólida y viable.

<sup>69</sup> OMC, IP/C/W/497/Add.2.

importantes para que los PMA puedan beneficiarse de las tecnologías y adaptarlas a sus necesidades específicas; el acceso a los socios adecuados, a la información y a los conocimientos técnicos es fundamental en todas las etapas".<sup>70</sup> A continuación se destaca que los gobiernos de los países desarrollados, en sus esfuerzos por promover la transferencia de tecnología, "suelen estar limitados por dos factores: 1) no son propietarios de la gran mayoría de tecnologías existentes; 2) no pueden forzar al sector privado a que transfieran sus tecnologías."<sup>71</sup> El apartado II de la Comunicación concluye que "los incentivos, por consiguiente, sólo pueden adoptar la forma de propiciar, promover y facilitar los proyectos (potencialmente) más fructíferos, que formarán parte de un enfoque global y general del desarrollo."<sup>72</sup>

Interesa destacar también que, partiendo de las anteriores premisas, la Comunicación de las CE define los incentivos en atención a los siguientes objetivos: "Objetivo 1: los que promueven proyectos como inversiones directas, concesión de licencias y franquicias, subcontratación, etc; Objetivo 2: los que mejoran el acceso a las técnicas y procesos industriales disponibles; Objetivo 3: los que apoyan proyectos de investigación conjuntos; Objetivo 4: los que facilitan formación en materia de gestión tecnológica y métodos de producción; Objetivo 5: los que, de forma más indirecta, mejoran la capa-

cidad de absorción de los PMA (creación de capacidad); Objetivo 6: los que fomentan el comercio de productos tecnológicos."<sup>73</sup>

Queda por comentar brevemente las fichas que se adjuntan a la Comunicación, en las que "sólo se describen los incentivos que guardan un vínculo estrecho con al menos uno de los objetivos antes mencionados y que, con algunas excepciones, se centran en empresas e instituciones europeas".<sup>74</sup> La Comunicación añade que "la mayoría de los países y regiones se benefician de asignaciones para el desarrollo del sector privado incluidas en sus programas nacionales o regionales de cooperación."<sup>75</sup> Por último, en la Comunicación se destaca que "no hay ningún programa de transferencia de tecnología especialmente dedicado a los países menos adelantados propiamente dichos. Las iniciativas de las CE son por lo general específicas de países/grupos de países/regiones, pues las Comunidades apoyan decididamente la integración regional, con la que se persigue un mejor entendimiento y el establecimiento de vínculos políticos y económicos entre países vecinos. No obstante, en el enfoque adoptado por las Comunidades Europeas para asignar ayudas e incentivos se presta especial atención a la situación de los países menos adelantados y otros países con un bajo nivel de renta."<sup>76</sup>

70 Párrafo 6.

71 Párrafo 7.

72 Párrafo 8.

73 *Ibid.*

74 Párrafo 9.

75 Párrafo 10.

76 Párrafo 11.

Una vez expuesta la metodología seguida y las características generales de la información facilitada, la Comunicación concreta en el apartado III los incentivos facilitados por las CE, cuyo detallado análisis excedería con mucho el objeto de este trabajo.<sup>77</sup>

<sup>77</sup> La Comunicación menciona en primer lugar un "Programa sobre Calidad y Normas", dotado con 12 millones de Euros y del que es beneficiario Siria, el cual tiene como objetivo general la creación y mejora de las capacidades y la gestión de la calidad. En particular, en la Comunicación se indica que "el programa contribuirá al incremento del comercio con la Unión Europea gracias a la armonización de la legislación técnica y el ajuste de las infraestructuras de calidad en sectores prioritarios, a fin de que Siria pueda aprovechar y beneficiarse en el mayor grado posible de los acuerdos comerciales vigentes (GAFTA, Turquía), entablar negociaciones con la UE sobre un acuerdo relativo a evaluación de la conformidad y aceptación de los productos industriales y adherirse a la OMC." En rigor, el Programa no tiene por objeto propiamente lo que sería "transferencia de tecnología" en sentido estricto, sino más bien la formación de una capacidad que permita introducir reformas estructurales en el ámbito de la reglamentación sobre calidad y normas.

En la Comunicación se menciona como ejemplo de proyecto en curso o realizado el "Centro Sirio-Europeo de Negocios II", dotado con una financiación de 18 millones de Euros procedentes íntegramente de las CE, el cual está destinado a prestar "ayuda para el desarrollo de pequeñas y medianas empresas (pyme) privadas, que están llamadas a desempeñar un importante papel en la economía siria más liberalizada. Su objetivo consiste en aumentar la competitividad y la eficacia de las instituciones de apoyo a las pyme, habida cuenta de la transición gradual hacia una economía de mercado" (párrafo 25). No obstante, es dudoso que este proyecto encuentre encaje en el párrafo 2 del artículo 66, pues ni tiene por objetivo propiamente la transferencia de tecnología, ni parece tener entre sus principales destinatarios las empresas e instituciones comunitarias.

Se menciona también el "Programa II de Ayuda a las Reformas del Sector de la Salud", el cual consiste en un importante programa de apoyo presupuestario (110 millones de Euros) destinado a respaldar las reformas efectuadas en el sector de la sanidad por el gobierno egipcio. Los objetivos incluyen la reforma del sistema nacional de seguro médico, el establecimiento de un sistema sanitario integrado de los gobiernos territoriales, y la mejora de los servicios de emergencia y de ambulancias. De nuevo, no parece que el

principal objetivo del programa sea ofrecer incentivos a las empresas e instituciones comunitarias para fomentar la transferencia de tecnología.

Algo más cerca de los objetivos del párrafo 2 del artículo 66 del Acuerdo ADPIC se encuentra el Programa de Investigación, Desarrollo e Innovación, del que es beneficiario el gobierno egipcio, cuyo objetivo general es "contribuir a forjar una cultura de la innovación en beneficio de la industria egipcia y apoyar el abandono gradual de tecnología poco avanzada en favor de una tecnología de tipo medio en toda la economía. Ello implica el fortalecimiento de los vínculos entre las instituciones de investigación y las industrias, el respaldo a la integración paulatina de Egipto en el Espacio Europeo de Investigación y el fomento de las actividades de invención e innovación en el país" (párrafo 48). A través del Programa se persigue una "mayor participación de los investigadores egipcios en los programas marco de investigación de las CE, un mejor aprovechamiento de los resultados de la investigación y del vínculo entre la investigación y la industria mediante la creación de un fondo de innovaciones y, por último, la creación de capacidad de evaluación de los miembros de las entidades egipcias dedicadas a la investigación y las innovaciones" (párrafo 52). En el marco del Programa se crea un Fondo de Innovación Conjunto de la UE y Egipto, el cual "otorgará donaciones a instituciones públicas de investigación, y a investigadores e inventores a título individual, mediante convocatorias de propuestas organizadas por la Oficina de Aplicación del Programa para proyectos destinados a la aplicación de resultados innovadores de las investigaciones, el desarrollo de prototipos, el diseño de estrategias de comercialización y la búsqueda de los socios industriales adecuados, a fin de potenciar la capacidad de innovación y transformar las relaciones entre la investigación científica y la industria en Egipto" (párrafo 60).

En la Comunicación se menciona también el Programa de Apoyo a la Investigación y el Desarrollo Tecnológico e Iniciativas y Estrategias de Innovación en Jordania, el cual tiene como objetivo general incrementar la contribución de los sectores de la innovación, la investigación y el desarrollo al crecimiento económico y el empleo en Jordania. Como objetivos más específicos se destaca el "diseñar una política apropiada de investigación e innovación, ver de poner fin al desempleo en un sector particularmente afectado mediante la creación de puestos de trabajo para licenciados especializados en disciplinas técnicas y científicas y hacer que los resultados de las investigaciones se traduzcan en éxitos comerciales mediante el fortalecimiento de los vínculos entre la comunidad de investigadores y el sector privado" (párrafo 68). El Programa comprende "actividades de sensibilización y suministro de información a los investigadores locales sobre la legislación y los procedimientos en materia de derechos de propiedad intelectual," pues, tal como se destaca en la Comunicación, "la cuestión de la protección de los

#### 4.2.2. Incentivos de los Estados miembros

En atención a la "doble" participación de las CE y sus Estados miembros en la OMC fue necesario que estos últimos comunicaran separadamente los incentivos aprobados para cumplir con la obligación del párrafo 2 del artículo 66 del Acuerdo ADPIC. No obstante, por razones de orden práctico, sus comunicaciones se incluyeron como parte IV de la comentada Comunicación de las CE de 29 de

derechos de propiedad intelectual es fundamental para la comercialización de los resultados de la investigación y el proceso de innovación en general" (párrafo 70).

Otro de los incentivos que se menciona en la Comunicación es el Programa de Fortalecimiento de los Sistemas de Inocuidad de los Alimentos mediante Medidas Sanitarias y Fitosanitarias en los países ACP, acrónimo con el que se designa los territorios que en su día constituyeron colonias de los principales Estados comunitarios en Asia, Caribe y Pacífico. Hace falta una considerable dosis de creatividad jurídica para hacer encajar este Programa en los incentivos a los que se refiere el párrafo 2 del artículo 66 del Acuerdo ADPIC, pues su principal objetivo es que tanto el sector público como el privado de los países ACP adopten nuevos procedimientos y mecanismos para proporcionar pruebas suficientes de la inocuidad de los alimentos exportados y, en última instancia, demostrar que sus productos cumplen las normas establecidas por las CE. De entre los incentivos propiamente comunitarios que se mencionan en la Comunicación, cabe mencionar también un Programa destinado a incrementar la participación de los países africanos en las actividades de formulación de normas sanitarias y fitosanitarias de organizaciones vinculadas a la OMC como la Oficina Internacional de Epizootias ("OIE"), la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria ("CIPF") y la Comisión del Codex Alimentarius. De nuevo, se trata de un programa que si bien contribuirá a la formación de capacidad técnica en los países beneficiarios, no parece responder a la lógica que inspiró a los redactores del párrafo 2 del artículo 66 del Acuerdo ADPIC, el cual contempla incentivos concretos destinados a las empresas e instituciones del Miembro desarrollado que concede el incentivo - no a las empresas o instituciones del Miembro menos adelantado eventualmente beneficiario de los mismos - vinculados a la transferencia de tecnología a estos últimos.

octubre de 2007. Tal como ya se ha comentado, el contenido de las comunicaciones de los Estados miembros es muy heterogéneo.

Empezando por Austria, mencionaremos que se limitó a hacer referencia a un programa de la Agencia Austriaca para el Desarrollo dotado con 8 millones de Euros (2005-2007).<sup>78</sup> Mucho más concreta fue la información facilitada por Bélgica, la cual comprendía seis detallados proyectos.<sup>79</sup> La República Checa presentó una escue-

78 El Programa estaba destinado a actividades tales como la formación y creación de capacidad para la promoción y formación profesional de las pyme; la formación y creación de capacidad para el desarrollo rural; la transferencia de tecnología para la mejora del medio ambiente, el suministro de energía renovable, la mejora de las infraestructuras, la ordenación de los recursos hídricos y la eliminación de los residuos, aunque sin concretar en qué consistía la tecnología. Con relación a los países beneficiarios, en la Comunicación se indica que "en principio no hay restricciones, por lo que todos los países asociados pueden ser seleccionados. Sin embargo, se da preferencia a los países donde se realicen actividades de la Cooperación para el Desarrollo de Austria" (párrafo 95).

79 En primer lugar, el Instituto de Biotecnología Vegetal para los Países en Desarrollo ("IPBO"), el cual pretende aumentar la formación de los científicos expertos en biotecnología vegetal en los países en vías de desarrollo, facilitar la aplicación de políticas científicas de bioseguridad en dichos países, y actuar como coordinador para fomentar la plataforma de biotecnología de Flandes. Respecto de los países beneficiarios, se indica que el programa "no está destinado a ningún país en concreto, su finalidad es contribuir a la transferencia de conocimientos a los países en desarrollo en general" (párrafo 105). El segundo programa mencionado en la comunicación belga fue el Centro Internacional de Salud Reproductiva ("ICRH"), adscrito a la Facultad de Medicina de la Universidad de Gante, y que junto a actividades de investigación lleva a cabo programas de capacitación y adopción de medidas para defender los derechos sexuales y reproductivos en Europa, América Latina, África y Asia (párrafo 108).

En tercer lugar, se menciona la Plataforma de Acuicultura de la Reunión Asia-Europa ("ASEM"), la cual tiene por objetivo "elaborar un programa de cooperación orientado a la acción, organizar una plataforma de diálogo entre las múltiples partes interesadas,

ta comunicación en la que hizo referencia a un programa para el desarrollo en Afganistán, destinado a crear las condiciones necesarias para el funcionamiento de las instituciones geológicas afganas y determinar los requisitos básicos para la gestión racional de los recursos minerales afganos (párrafo 136), y a un proyecto de cooperación al desarrollo de comunidades que viven en lugares remotos en Angola, mediante la instalación de micro-centrales hidroeléctricas (párrafo 142).

Sin duda, mayor concreción puede encontrarse en la comunicación presentada por Dinamarca, la cual hizo referencia a numerosos programas, aunque no todos relacionados con el párrafo 2 del artículo 66 del Acuerdo ADPIC.<sup>80</sup> Desde la perspectiva de la ade-

establecer redes y mantener una cooperación constante entre la UE y Asia en materia de agricultura sostenible" (párrafo 115).

En cuarto lugar, se hace referencia a la Unidad de Ensayos Clínicos del Instituto de Medicina Tropical Príncipe Leopoldo, cuyo objetivo es "proporcionar ayuda técnica a los diferentes departamentos del Instituto en materia de diseño, aplicación, coordinación, supervisión, gestión de datos y análisis estadísticos de ensayos clínicos e investigaciones de intervención, para atender a los problemas de salud pública en los países en desarrollo" (párrafo 120), si bien no está específicamente destinado a incentivar la transferencia de tecnología a los países menos adelantados.

El quinto programa al que se hace referencia en la comunicación belga es el Apoyo de Flandes a la Oficina de Proyectos del IODE ("Intercambio Internacional de Datos e Información Oceanográficos") de la UNESCO (párrafo 128). Por último, se menciona el Fondo Fiduciario UNESCO-Flandes en la Esfera de la Ciencia ("FUST"), destinado a apoyar las actividades de los programas científicos de la UNESCO, con especial atención a las actividades relacionadas con el agua (párrafo 134).

<sup>80</sup> El primer programa mencionado fue el denominado "Programa Empresa a Empresa (B2B)", cuyo objetivo es "desarrollar el sector privado en varios países en desarrollo

cuación a la obligación del párrafo 2 del artículo 66 del Acuerdo ADPIC, una de las comunicaciones que merece una mejor valoración es la de Finlandia.<sup>81</sup>

mediante el apoyo a la creación de asociaciones con compromisos mutuos a largo plazo entre empresas danesas y empresas de los países en vías de desarrollo" (párrafo 148). Los países beneficiarios son todos los países del denominado Programa Danida: Bangladesh, Benin, Bhután, Bolivia, Burkina Faso, Egipto, Ghana, Kenya, Malí, Mozambique, Nepal, Nicaragua, Tanzania, Uganda, Vietnam, Zambia y Sudáfrica (párrafo 150). Los otros programas mencionados incluyen la creación de capacidad de investigación en el marco del Instituto de Investigaciones sobre la Salud y el Desarrollo DBL (párrafo 157), las actividades del Comité Consultivo de Investigación para el Desarrollo (párrafo 165), el Centro de Sanidad de las Semillas para países en desarrollo (párrafo 171), y el Programa Internacional de Bosques y Paisajes Naturales (párrafo 180).

<sup>81</sup> Entre los programas mencionados destacan los Planes de Inversión del "FINNFUND", empresa dedicada a la financiación del desarrollo que proporciona capital riesgo a largo plazo para proyectos rentables en países en desarrollo y economías de transición no pertenecientes a la UE (párrafo 186). El principal objetivo del "FINNFUND" es promover proyectos tales como inversiones directas, concesión de licencias y franquicias, subcontratación, etc. Pretende "promover empresas privadas dinámicas, innovadoras y en expansión, fomentando de este modo la transferencia de tecnología" (párrafo 187).

Otro de los programas que vale la pena mencionar es el Programa Finlandés de Asociación Empresarial ("FINNPARTNERSHIP"), cuyo objetivo es intensificar la cooperación comercial entre Finlandia y los países en desarrollo, proporcionando servicios de consultoría para actividades empresariales de las empresas finlandesas en los países en vías de desarrollo, apoyo financiero en las fases de planificación, desarrollo y aplicación de los proyectos, y servicios de búsqueda de socios potenciales para crear joint ventures (párrafo 202). El mecanismo de apoyo a las asociaciones empresariales costea del 30 al 70 % de los gastos totales, dependiendo del tamaño de la empresa solicitante y del país al que se destine el proyecto (párrafo 207). Sus actividades han dado lugar a la creación de una empresa de fabricación de productos electrónicos (India), sendas asociaciones empresariales para la fabricación de pañales ecológicos y productos textiles (Perú), un servicio de seguridad y una empresa de formación de personal (Sudáfrica), un parque eólico (Turquía) y una fábrica de muebles (Vietnam).

Tampoco presentan una gran relación con la obligación del párrafo 2 del artículo 66 del Acuerdo ADPIC los programas mencionados en la Comunicación de Francia.<sup>82</sup> Por lo que hace referencia

<sup>82</sup> El primer programa, enmarcado en las actividades de cooperación técnica del Ministerio de Agricultura y Pesca ("MAP"), está destinado a la financiación de actividades de cooperación técnica en el sector agrícola (párrafo 210) en países como Benin, Burkina Faso, Camboya, Chad, Guinea, Guinea Ecuatorial, Guinea-Bissau, Madagascar, Malí, Mozambique, Níger, Senegal, Tanzania, Togo y Uganda (párrafo 212). Entre la tecnología transferida se enumera la ordenación de los sistemas de riego, la formación de los inspectores veterinarios, la formación técnica (técnicas de planificación, prácticas de cultivo de cereales y semillas oleaginosas, etc.), normalización/certificación de frutas, legumbres y hortalizas, la ordenación de los bosques, la mejora de la calidad de los productos lácteos, y el desarrollo de las indicaciones geográficas (párrafo 214).

Otro de los programas mencionados por Francia hace referencia a las actividades de apoyo a la formación en agronomía (cría de ganado bovino, ovino, caprino, avícola, piscicultura, cultivo de hortalizas y frutas, ordenación de las aguas para uso agrícola, y agricultura biológica) prestadas por el MAP (párrafo 217), las cuales incluyen 3.000 becas de formación y de estancia en el extranjero (párrafo 220). La realidad es que el programa tiene más que ver con la cooperación al desarrollo que con los incentivos para fomentar la transferencia de tecnología.

El tercer programa que se menciona en la comunicación francesa se refiere a las actividades del Instituto de Investigación para el Desarrollo ("IRD"), organismo público de carácter científico y tecnológico entre cuyos objetivos figura la creación de capacidad para la investigación entre sus socios científicos de los países del Sur (párrafo 225). Los beneficiarios son una cuarentena de países asociados científicos del IRD, situados principalmente en la zona inter-tropical, entre los que son mayoría los países menos adelantados (párrafo 226). Entre los proyectos ejecutados se menciona el establecimiento de una red de centros africanos de excelencia sobre cuestiones relacionadas con el agua, la concesión de becas individuales y el apoyo a los grupos de investigación (párrafo 231).

Por último, la comunicación francesa menciona las actividades del Instituto Francés de Investigaciones sobre la Explotación del Mar ("INFREMER") en ciencias y técnicas marinas (párrafo 234), de las que son beneficiarios Angola, Guinea-Bissau,

a Alemania, lo cierto es que su Comunicación es sorprendentemente parca, atendido el rigor que suele caracterizar a dicho país. De hecho, lo más relevante de la información proporcionada es un curso sobre derecho de propiedad intelectual para los Jueces y Fiscales de Camboya y la ayuda al gobierno chino para el cumplimiento de los acuerdos internacionales relativos a la biodiversidad, entre otros el Acuerdo ADPIC.

Un repaso de la Comunicación de Irlanda revela que hizo referencia a tres proyectos que, al igual que ocurre con la mayoría de proyectos mencionados por otros países, tienen más que ver con la cooperación al desarrollo que propiamente con los incentivos para fomentar la transferencia de tecnología.<sup>83</sup>

Madagascar y Senegal (párrafo 235). Entre las medidas de transferencia de tecnología se menciona la "ordenación de la pesca, investigación acuícola, formación y participación en seminarios sobre los oficios del mar" (párrafo 236). Entre los proyectos realizados se menciona la "ordenación de las poblaciones de peces (África)" (párrafo 239).

<sup>83</sup> El primer proyecto hace referencia a la creación de capacidad e investigación operativa sobre la seguridad alimentaria en Etiopía, y comprende investigaciones realizadas por un consorcio de agricultores e investigadores en Dehub y Mekele con el respaldo de las Universidades de Cork y Bangor. En la comunicación se indica que "los principales resultados de la primera fase del programa fueron los siguientes: utilización exitosa de semillas de diferentes variedades de cultivos, distribución de razas de pollo mejoradas a grupos de mujeres y una mayor concienciación sobre el VIH/SIDA. La segunda fase del plan de acción incluye la realización de actividades de investigación sobre recursos naturales, mejora de los cultivos y el ganado y el Sistema de Información Geográfica y la teledetectación. Irish Aid proporciona asesoramiento técnico a los talleres del consorcio" (párrafo 241).

El segundo proyecto mencionado por Irlanda consiste en la asociación entre el Consejo del Condado de Dublín Meridional y los municipios etíopes de Werabe y Butajira, la



De similar condición es la Comunicación presentada por Suecia, la cual se limitó a mencionar el "Programa de Iniciación Sur", creado por el Organismo Sueco de Cooperación para el Desarrollo Internacional ("OSDI") al objeto de promover el desarrollo del comercio y la industria en los países en desarrollo (párrafo 262).<sup>84</sup>

Intentaremos finalizar el análisis con una breve referencia a la Comunicación del Reino de España. En ella se mencionan los proyectos de promoción de tecnología auspiciados por el Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (<http://www.cdti.es>), los cuales están destinados a empresas españolas que desean promocionar sus tecnologías en el extranjero (párrafo 256). Para ello "se facilitan créditos sin interés para financiar los siguientes tipos de actividades:

cual tiene como principal objetivo "la mejora de los conocimientos en las esferas de la planificación y administración de servicios municipales fundamentales como el abastecimiento de agua, el saneamiento y la eliminación de desechos, el urbanismo y la ordenación del tráfico, y el fortalecimiento del gobierno corporativo mediante la formación del personal en disciplinas claves como la tecnología de la información y las comunicaciones" (párrafo 246).

El tercer proyecto mencionado por Irlanda se refiere a las actividades de asesoramiento técnico al Ministerio de Salud y Asistencia Social de Lesoto por parte de "IRISH AID", al objeto de crear capacidad técnica para la aplicación del plan estratégico sobre VIH/SIDA (párrafo 251).

<sup>84</sup> El programa está destinado a empresas suecas que inician una cooperación comercial sostenible con empresas radicadas en el Sur, siempre que las actividades comerciales se realicen en el país en desarrollo en cuestión (párrafo 263). El OSDI concede ayudas a fondo perdido de 500.000 coronas a las empresas suecas que financien actividades de educación y formación (párrafo 264), y préstamos de 250.000 coronas para facilitar la adquisición de equipos tecnológicos (párrafo 265).

propiedad industrial e intelectual; homologaciones y certificaciones para garantizar el reconocimiento en el plano internacional; creación de prototipos para la transferencia de tecnología y promociones internacionales; formación del personal del concesionario de la licencia; documentos; estudios y contratos; traducciones técnicas; estudios de promoción en el extranjero; apoyo jurídico y negociación de acuerdos, y participación en ferias y foros sobre tecnología." Como ejemplos de los proyectos en curso o realizados se menciona la promoción de filtros antibacterias en China y la transferencia de tecnología para sistemas de riego automático en México (párrafo 260).

#### 4.3 El Grupo de Trabajo sobre Comercio y Transferencia de Tecnología

Seguramente la exposición quedaría incompleta si no realizáramos una breve referencia al Grupo de Trabajo sobre Comercio y Transferencia de Tecnología, creado por los Miembros de la OMC en la Conferencia de Doha.<sup>85</sup> Dicho Grupo fue creado con el mandato de examinar la relación entre el comercio y la transferencia de tecnología,<sup>86</sup> y posibles recomendaciones sobre las medidas que

<sup>85</sup> Párrafo 37 de la Declaración Ministerial de Doha.

<sup>86</sup> La Secretaría de la OMC preparó un extraordinario compendio bibliográfico de 44 páginas sobre esta cuestión. Ver OMC, WT/WGTTT/W/1/Add. 1, 2 de abril de 2002. La misma Secretaría preparó una útil "Nota de antecedentes" de 38 páginas que puede encontrarse en OMC, WT/WGTTT/W/1, de 2 de abril de 2002. También puede consultarse el Estudio sobre las Experiencias de Distintos Países en Relación con las Transferencias de Tecnología Internacionales, OMC, WT/WGTTT/W/3, de 11 de noviembre de 2002.

cabría adoptar para incrementar las corrientes de tecnología hacia los países en desarrollo. En el marco de los debates que vienen teniendo lugar en el seno del mencionado Grupo, se ha sugerido la posibilidad de utilizar el Protocolo de Montreal sobre Sustancias que eliminan la Capa de Ozono (en especial, su mecanismo financiero) como modelo para elaborar posibles recomendaciones para facilitar la transferencia de tecnología.<sup>87</sup>

## 5. Conclusiones

Medir el grado de transferencia de tecnología de un país a otro es sumamente difícil, pues parte de la misma está implícita en el comercio de bienes y servicios, y no es fácil determinar la parte del valor del bien o servicio en cuestión que corresponde a tecnología transferida.<sup>88</sup> Por otra parte, para apreciar en su justa medida la contribución del Acuerdo ADPIC a la hora de facilitar el acceso a tecnologías extranjeras y la exportación de la tecnología propia, la valoración debe realizarse en el contexto más amplio del conjunto de acuerdos aprobados en el marco de la Ronda Uruguay. Desde esta perspectiva, es indudable que la entrada en vigor de los acuerdos, la consiguiente liberalización del comercio de productos y servicios,

así como del régimen de las inversiones extranjeras,<sup>89</sup> ha comportado reformas estructurales que han facilitado el acceso a tecnologías extranjeras tanto en los países desarrollados como en los países en vías de desarrollo. Así, mientras que los abanderados de las tesis de los países en vías de desarrollo apuntan que la brecha tecnológica entre el Norte y el Sur ha seguido creciendo,<sup>90</sup> un importante estudio presentado por el Banco Mundial en el año 2008 indica todo lo contrario. En particular, el estudio demuestra que la mencionada brecha tecnológica se está reduciendo rápidamente por varias razones, entre las que destaca el acortamiento del ciclo de vida de las tecnologías, el aumento de la accesibilidad de Internet, la mejora del entorno macroeconómico y los regímenes reglamentarios de los países en vías de desarrollo, así como la mayor capacidad de estos países para adoptar nuevas tecnologías y adaptarse a ellas.<sup>91</sup>

Otro punto que merece ser destacado es que las medidas pragmáticas, pero prácticas, aprobadas en el marco del GATT, primero, y de la OMC, después, han hecho más por el desarrollo tecnológico de los

<sup>87</sup> OMC, *Informe (2008) del Grupo de Trabajo sobre Comercio y Transferencia de Tecnología al Consejo General*, WT/WGTT/10, 11 de diciembre de 2008, p. 5. Sobre el Protocolo de Montreal sobre las Sustancias que reducen la Capa de Ozono puede consultarse BENE-DICK, R.E., *Ozone Diplomacy. New Directions in Safeguarding the Planet*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1991.

<sup>88</sup> MASKUS, K.E., "Transfer of Technology...", op. cit., p. 5.

<sup>89</sup> Ver FEITO, M.A. & LANDA, J., *La Ronda Uruguay del GATT: Impacto sobre la Empresa Española*, Ministerio de Comercio y Turismo, Madrid, 1995.

<sup>90</sup> Ver CORREA, C., "Review of the TRIPS Agreement: Fostering the Transfer of Technology to Developing Countries", en *Journal of World Intellectual Property*, Vol. 2, Issue 6, 2005, p. 939.

<sup>91</sup> THE WORLD BANK, *Global Economic Prospects: Technology Diffusion in the Developing World*, Washington, D.C., 2008. Sobre las nuevas oportunidades de acceso a la tecnología que ofrece Internet puede consultarse RODRÍGUEZ POMEDA, J., "Transferencia de Tecnología: Nuevos Canales, nuevas posibilidades", en *Revista de Investigación en Gestión de la Innovación y Tecnología*, Núm. 7, diciembre 2001-enero 2002, p. 1 ss.

países menos adelantados que las propuestas idealistas formuladas desde la UNCTAD. El aumento de los estándares de protección de la propiedad industrial que ha comportado el Acuerdo ADPIC y la obligación del apartado 2 del artículo 66 estableciendo que los países desarrollados deben ofrecer a las empresas e instituciones de su territorio incentivos destinados a fomentar la transferencia de tecnología a los países menos adelantados es un paso más en esta dirección, el cual se suma a las medidas estructurales comentadas, cuya incidencia sobre la transferencia de tecnología es mucho mayor.

Los informes presentados por los Miembros de la OMC hasta la fecha con relación a las medidas aprobadas para cumplir con dicha obligación son poco satisfactorios en la medida en que incluyen programas que tienen más que ver con la cooperación al desarrollo que con la transferencia de tecnología en sentido estricto. No obstante, ello es debido, al menos en parte, a la falta de consenso entre los actores implicados sobre qué hay que entender por "transferencia de tecnología." Mientras que los países de la OCDE utilizan una definición muy amplia, desde la UNCTAD se ha venido defendiendo una definición mucho más restrictiva, lo cual estrecha el elenco de medidas que encajan en la definición. Tal como se destacó en la Comunicación presentada por las CE y sus Estados miembros al Grupo de Trabajo sobre Comercio y Transferencia de Tecnología el 14 de febrero de 2003 "lo primero es avanzar hacia una interpretación común y precisa de la transferencia de tecnología y examinarla en el

nuevo contexto de una creciente liberalización y mundialización de los mercados externos."<sup>92</sup>

Terminaremos mencionando que sería deseable un mayor esfuerzo por parte de los Miembros de la OMC a la hora de cumplir con la obligación del apartado 2 del artículo 66, pues ello no sólo beneficiaría a los países menos adelantados, sino también a las empresas situadas en el territorio de los primeros, las cuales son las beneficiarias inmediatas de los incentivos que prevé el mencionado artículo. Con relación a estas últimas, las prácticas de buen gobierno corporativo deberían llevarles a seguir las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, las cuales les exhortan a "adoptar, cuando sea factible en el desarrollo de sus actividades empresariales, prácticas que permitan la transferencia y rápida difusión de tecnologías y de know-how, teniendo debidamente en cuenta la protección de los derechos de propiedad intelectual." Si bien no cabe hablar de asimetría en el cumplimiento de las obligaciones de los dos apartados del artículo 66, pues los países menos adelantados se beneficiarán de una prórroga de su período transitorio hasta el 1 de julio de 2013, sería deseable un mayor cumplimiento con la obligación del apartado 2 por parte de los Miembros desarrollados. Muchas veces se olvida que ayudar a los países menos adelantados no sólo es un deber ético, y, en los términos establecidos en el artículo 66.2 del Acuerdo ADPIC, jurídico, sino también una oportunidad.

<sup>92</sup> OMC, *Reflexiones sobre la Transferencia...*, op. cit., p. 2.

# Los derechos de propiedad intelectual e industrial (P.I.): importancia e implicaciones en la competitividad de la economía española

## 1. La propiedad intelectual e industrial como factor de competitividad

El desarrollo tecnológico mejora la productividad de un país y, por tanto, su nivel de bienestar. Ello se debe a que el nivel económico de un país y, por ende, su bienestar depende de su productividad, es decir, de su capacidad para producir bienes y

\* Nacido en Pontevedra en 1950, es Doctor en Ciencias Económicas por la Universidad de Barcelona (1979) y Master en Economía y Dirección de Empresas por el IESE de Barcelona (1974). Ha sido Decano y Catedrático de Política Económica de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Extremadura (1986-92). Actualmente es Profesor y Director de Análisis Económico en el IE Business School y Catedrático de Economía Aplicada en la Universidad CEU-San Pablo. También dirige el blog <http://economy.blogs.ie.edu/>. Ha publicado más de un centenar de artículos en revistas científicas de economía, además de varios libros entre los que destacan "El nuevo modelo económico de Iberoamérica" (1996), "Economía Mundial" (1995), "Análisis Económico de Países" (1999) y "El Déficit Tecnológico Español" (1991).

servicios.<sup>1</sup> La historia de las economías desarrolladas demuestra que el aumento de la producción ha dependido más de la tecnología que de los factores tradicionales: capital y trabajo. La “teoría del crecimiento endógeno” hace referencia, en este sentido, a dos mecanismos fundamentales que benefician el crecimiento económico: la inversión en formación de la fuerza laboral y en investigación científica y desarrollo tecnológico (I+D).<sup>2</sup> De ahí que, en la medida en que una economía mejore, a un ritmo mayor que el resto de los países, la calidad y la dotación de capital humano y tecnológico, incrementará su productividad relativa.<sup>3</sup>

El avance tecnológico y el incremento de la productividad tienen resultado directo sobre la capacidad de competir. Por eso, la innovación tecnológica favorece el aumento de las exportaciones de un país por su capacidad de adaptar la producción nacional a la evolución de la demanda internacional. En este sentido, la capacidad tecnológica tiene una importancia mayor que la evo-

lución de los costes relativos y ello se debe a que el aumento de la productividad permite reducir los precios en el mercado internacional.<sup>4</sup> De esta forma, un país será más competitivo sin necesidad de devaluar su moneda, reducir los salarios relativos o los márgenes de sus empresas. Las inversiones en I+D pueden utilizarse, además, para el desarrollo de nuevos productos, observándose una fuerte correlación entre estas inversiones y la competitividad en el comercio internacional.

En este trabajo se estudiará el posicionamiento económico y competitivo de España frente al resto del mundo y se analizarán: la participación en las exportaciones mundiales de bienes, el comercio exterior de los bienes y equipos y la evolución tecnológica de España a través de las inversiones en I+D y los derechos de propiedad intelectual e industrial (P.I.), con el fin de conocer, el nivel de productividad y competitividad que posee España frente al resto de los países, y el reto que supone para la mejora de su nivel económico.

1 Mankiew, N. Gregory (2007): *Principios de Economía*. Madrid: Thomson.

2 En Fagerberg, J. (2003): “Schumpeter and the revival of evolutionary economics: an appraisal of the literature”. *Journal of Evolutionary Economics*, Vol. 13, 125-159.

3 La Fuente ofrece un modelo teórico y evidencia empírica referida a los países de la OCDE que confirma la importancia de este tipo de inversiones en las diferencias en la renta per capita nacional. Fuente, A. De la (1995), “Inversión, 'catch-up' tecnológico y convergencia real”, *Papeles de Economía Española*, nº 63, pp. 18-34. También, Benhabib, J. y Spiegel, M.M. (2003), “Human capital and technology diffusion”, Reserva Federal de San Francisco *Boletín Nueva Economía*. BBVA.

4 Pampillón, R. e Izquierdo G. (1997): “La competitividad de la economía española ante la UEM: retos y soluciones”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, No. 1, pp. 51-76.

## 2. Tecnología y competitividad española en el contexto europeo

En los últimos veinticinco años la economía española ha ido adaptándose con más o menos éxito a la exigente competencia internacional que ha venido marcada por el fenómeno de la globalización, y la incorporación de nuevos países a la Unión Europea (UE). Tras las ampliaciones de 2004 y 2007, la UE integró 12 nuevos países, lo que supone un mercado de más de 450 millones de habitantes, un incremento de las relaciones comerciales y un entorno mucho más competitivo. Los Estados recién incorporados pueden ser una amenaza para la competitividad de España en la Unión Europea. Esta mayor o menor amenaza dependerá de la capacidad de España de generar tecnología. Si España incrementara su capital tecnológico mejoraría su estructura productiva, aumentaría las exportaciones e inversiones directas en el mundo y su nivel económico y competitivo. Es decir, un incremento de la competitividad de España en el mundo, en general, y en la UE, en particular, exige la creación de nuevas tecnologías que permitan aumentos en la productividad y mantengan los costes de producción.

Una forma de medir el nivel de competitividad internacional de un país es a través de su cuota de participación en las exportaciones mundiales de bienes. De acuerdo con la Organización Mundial del Comercio (OMC), durante la década de los noventa y comienzos del 2000, se produjo una mejora continuada de la participación española en las exportaciones mundiales de bienes; sin embargo, en 2007, se aprecia un ligero retroceso (cuadro 1). Esta menor cuota en las

exportaciones, tanto de España como de la mayoría de los países industrializados, es consecuencia del surgimiento de nuevas economías emergentes, como es el caso de China e India.

**Cuadro 1**

**Participación (%) en las exportaciones mundiales de mercancías**

PAÍSES / AÑO	1990	2002	2007
Estados Unidos	11,6	10,8	8,3
Alemania	11,9	9,5	9,5
Francia	6,2	5,1	4,0
Gran Bretaña	5,4	4,3	3,1
Italia	4,9	3,9	3,5
España	1,6	1,9	1,7

Fuente: OMC, *Estadísticas del comercio internacional*, 2008

El informe del año 2008 sobre Competitividad Mundial publicado por *The World Economic Forum* (WEF) muestra que España ganó competitividad en el periodo 1995-2002,<sup>5</sup> dicha ganancia fue consecuencia de una mayor estabilidad macroeconómica y reformas en el mercado de factores (trabajo, electricidad, suelo, telecomunicaciones, etc.). Esto ha llevado a que indicadores como la tasa de empleo y paro hayan mejorado en los últimos años. Sin embargo, en los años 2002-2007, España e Italia son países que de forma considerable pierden puestos en el ranking de competitividad del WEF (ver cuadro 2).

5 Distintas Instituciones como la Comisión Europea, el IMD de Lausana, el Foro Económico Mundial o la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) publican, cada año, diversos indicadores de competitividad e innovación tecnológica comparando la situación y evolución de los países industrializados.

**Cuadro 2**  
**Ranking de competitividad**

PAÍSES / AÑO	1995	2002	2007
Estados Unidos	1	1	1
Alemania	6	14	7
Francia	17	30	16
Reino Unido	18	11	12
España	28	22	29
Italia	30	39	49

Fuente: WEF The Global Competitiveness Report 2008-2009.

La competitividad y aumento de la participación de las exportaciones de un país son resultado de la mejora en la productividad y en la generación de nuevas tecnologías. La competitividad de un país se puede medir a través del comercio exterior de productos industrializados, la inversión en I+D y la generación de patentes. El comercio exterior de bienes de equipo y maquinaria es un indicador de la situación tecnológica de un país porque es el resultado del gasto en I+D y del aumento de la productividad. La inversión en I+D genera un impacto positivo en la calidad de los productos, en los procesos de innovación, y en la reducción de los costes relativos. Por último están las patentes, que, según el Manual de Frascati,<sup>6</sup> miden la capacidad tecnológica de un país, es decir, sus invenciones, como resultado de las actividades científicas y tecnológicas (éstas serán desarrolladas en el próximo apartado).

6 (1993): "Manual Frascati". OCDE. París.

El análisis de datos de la balanza de pagos española muestra que el comercio exterior de bienes de equipo es deficitario (saldo negativo y tasa de cobertura < 100) como muestra el cuadro 3. Durante la década de los 80 la tasa de cobertura del comercio exterior de la industria en bienes de equipo fue de 71%. Comienza, a partir de entonces, una tendencia descendente de la tasa de cobertura que se prolonga hasta hoy. A lo largo de este periodo, España ha experimentado también un fuerte crecimiento económico, incrementando su necesidad de importar. Este crecimiento en las importaciones mayor que el de las exportaciones ha mantenido un saldo exterior deficitario en el comercio de bienes y equipos. La necesidad de importar bienes de equipo para alimentar una elevada tasa de crecimiento económico manifiesta una fuerte dependencia tecnológica del exterior por falta de tecnología propia.

**Cuadro 3**  
**Comercio exterior de la industria de bienes de equipo (en millones de euros corrientes)**

	Importación (M)	Exportación (X)	Saldo	Cobertura X/M (%)
1985	4.249	3.008	-1.241	71
1995	15.850	10.282	-5.568	65
2000	36.995	19.305	-17.960	52
2005	45.295	24.015	-21.280	55
2007	51.400	26.734	-24.666	52

Fuente: Dirección General de Aduanas y SERCOBE, 2008.

El origen del déficit en el comercio de la industria de bienes de equipos, se puede encontrar en los reducidos gastos en I+D. Aunque España ha incrementado, en la última década, la inversión en I+D, continúa aún posicionada en niveles inferiores a los de la UE respecto al desarrollo de la innovación. Los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE) y la Oficina Estadística Europea EUROSTAT (ver cuadro 4) muestran que el gasto en I+D/ PIB en 2007 fue del 1,27 por 100, mientras que el gasto medio de la UE, fue del 1,83 por 100 (muy lejos, de países como Suecia o Finlandia, que superan el 3% del PIB). Los niveles de convergencia con la UE se sitúan en torno al 70%. En 2006, España ocupó la vigésima posición en esfuerzo en I+D de los 30 países de la OCDE. La media de inversión en I+D en porcentaje del PIB de la totalidad de los países OCDE ascendió a 2,26%<sup>7</sup>. Por tanto, los gastos en I+D, tanto del total de la economía como de las empresas, representan en España unas proporciones sobre el PIB que no sólo son inferiores a la media de la UE, sino que se encuentran por debajo de lo que correspondería al nivel relativo de renta per cápita.

7 (2008): "Main Science and Technology Indicators". OCDE (*Organization for Economic Co-operation and Development*). Vol. 2008/1.

**Cuadro 4**

**Gasto en I+D/ PIB de España en relación con el promedio de la UE**

Gasto en I + D/ PIB (en porcentaje)			
	España (A)	UE 27 (B) <sup>(1)</sup>	A/ B (%)
1995	0,79	1,67	47,3
2000	0,94	1,85	50,8
2002	0,99	1,87	52,9
2004	1,06	1,82	52,9
2005	1,12	1,82	61,5
2006	1,20	1,84	65,2
2007 <sup>(*)</sup>	1,27	1,83	69,4

(1) Estimación EUROSTAT.

(\*) Resultados provisionales.

Fuente: EUROSTAT, *Indicadores de Ciencia y Tecnología, 2008* e INE, *Estadística sobre actividades de I+D*.

Desglosando el esfuerzo en I+D como porcentaje de PIB, según datos del INE, **el gasto de las empresas españolas** ascendió a 7.453,9 millones de euros en el año 2007. Este gasto en I+D es bajo respecto a la media de la UE (0,71% del PIB en España y 1,1% del PIB en UE27). Además, según el Ranking del gasto en I+D del sector privado por empresas, publicado en el informe "*World Economic Forum Executive Opinion Survey 2008-2009*", España ocupa el puesto 39 a nivel mundial y el 13 en la UE.<sup>8</sup> Es en este sector,

8 (2008): "The Global Competitiveness Report 2008-2009". WEF (World Economic Forum, Executive Opinion).



frente a las Administraciones Públicas o la enseñanza superior, donde se evidencia el mayor desequilibrio.

La Encuesta sobre “Innovación Tecnológica en las Empresas 2007” (INE, 2008)<sup>9</sup> aporta un dato positivo. En España el gasto en actividades para la innovación tecnológica, incluida la agricultura, ascendió a 18.095 millones de euros, con un incremento interanual del 9,4%. Esta tasa de crecimiento es superior a la registrada en el año 2005, que se situó en 9,2%, aunque supone un descenso importante respecto de la de 2006 (20,2%). Estas cifras, junto a los datos presentados en el cuadro 4 por la OCDE, indican un esfuerzo de España en el aumento del gasto en innovación. Sin embargo, aunque las tasas de variación interanuales arrojen cifras de signo positivo, España ha acumulado un importante retraso en gasto en I+D respecto a los demás países industrializados. Este retraso genera menor competitividad y una fuerte dependencia tecnológica del exterior, consistente en utilizar patentes extranjeras que exigen el pago de royalties y una fuerte importación de bienes de equipo.

### 3. Las patentes en España

Las patentes y, en general, la Propiedad Intelectual e Industrial (P.I.) constituyen uno de los aspectos más peculiares de la globalización. A escala mundial, Estados Unidos es el primer país con

mayor cantidad de patentes concedidas. En una lista de 173 países, España ocupa el lugar número 20. Esta posición representa una buena ventaja competitiva respecto a otros países; sin embargo, en cuanto a la cantidad de patentes concedidas, está lejos de alcanzar los niveles de los países que encabezan el ranking. El cuadro 5, además de España, incluye los primeros cinco países que tienen mayor número de patentes concedidas en la Oficina estadounidense de patentes y marcas (United States Patent and Trademark Office -USPTO-). Tres de esos cinco países pertenecen a la UE: Alemania, Gran Bretaña y Francia.

**Cuadro 5**

**Números de patentes concedidas<sup>10</sup>**

Ranking	1	2	3	4	5	(...) <sup>11</sup>	20
Año / País	EE.UU	Japón	Alemania	GB	Francia		España
2000	97.011	32.922	10.824	4.092	4.173		318
2001	98.655	34.890	11.894	4.358	4.456		340
2002	97.125	36.339	11.957	4.202	4.421		358
2003	98.589	37.248	12.140	4.037	4.126		358
2004	94.129	37.032	11.367	3.905	3.686		312
2005	82.586	31.834	9.575	3.560	3.106		318
2006	102.267	39.411	10.889	4.329	3.856		381
2007	93.691	35.942	10.012	4.031	3.720		363

Fuente: *Dirección General de Aduanas y SERCOBE, 2008.*

<sup>10</sup> El ranking está dado por el total de patentes concedidas a cada uno de los países.

<sup>11</sup> Representa un listado de 14 países que se encuentran entre las posiciones número 6 y 19. Estos son Taiwán, Canadá, Corea del Sur, Italia, Suiza, Suecia, Holanda, Australia, Israel, Bélgica, Finlandia, Austria, Dinamarca y China.

<sup>9</sup> (2008): “Encuesta sobre innovación tecnológica en las empresas 2007”. INE (Instituto Nacional de Estadísticas).

Las patentes de utilidad, llamadas también modelos de utilidad (ver Anexo 2), representan el 90% de las patentes USPTO.<sup>12</sup> El cuadro 6 muestra la relación del número de patentes de utilidad por millón de habitantes. Encabeza la lista Taiwán con de 270,4 patentes por millón de habitantes. Le siguen, de cerca, Estados Unidos y Japón con 261,7 y 260 patentes respectivamente. España ocupa el 28º lugar de 134 países. Se observa, pues, idéntica situación a la explicada con anterioridad: en España el número de patentes de utilidad concedidas por millón de habitantes es muy bajo con respecto a las primeras cinco posiciones.

**Cuadro 6**

**Patentes de utilidad concedida<sup>13</sup>**

Ranking	Países	No. Patente / Millón Hab.
1	Taiwán	270,4
2	EE.UU.	261,7
3	Japón	260,0
4	Finlandia	160,4
5	Israel	158,1
(...) <sup>14</sup>		
28	España	6,1

Fuente: WEF The Global Competitiveness Report 2008-2009.

12 (2000): Types of Patents. *U.S. Patent and Trademark Office*. Technology Assessment and Forecast data base. <http://www.uspto.gov/go/taf/patdesc.htm>

13 Número de patentes de utilidad concedidas por millón de habitantes entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del 2007.

14 Representa un listado de 22 países que se encuentran entre las posiciones número 6 y 27. Estos son Suiza, República de Corea, Suecia, Alemania, Canadá, Singapur, Luxemburgo, Holanda, Dinamarca, Australia, Islandia, Gran Bretaña, Noruega, Francia, Bélgica, Hong Kong, Irlanda, Nueva Zelanda, Italia, Eslovenia y Puerto Rico.

El cuadro 7 muestra el número de patentes con efectos en España. En el año 2003, el número de solicitudes de patentes vía nacional fue de 3.081. En 2007 se alcanzaron las 3.439. En términos de variación porcentual, en el período 2003-2007, ha habido un incremento general de solicitudes de patentes, aunque a un ritmo diferente: la vía nacional creció un 12%, las solicitudes vía europea, un 14% y la vía PCT (Patent Cooperation Treaty), un 34%. Esto indica que las patentes tramitadas por la vía nacional presentan una importancia menor frente a las demás vías (UE y marco Internacional).

**Cuadro 7**

**Patentes con efectos en España por solicitudes**

Solicitudes	2003	2004	2005	2006	2007 <sup>(*)</sup>
Vía Nacional <sup>15</sup>	3.081	3.100	3.252	3.352	3.439
Vía Europea <sup>16</sup>	52.818	55.524	58.291	59.329	60.000
Vía PCT <sup>17</sup>	115.290	122.713	136.821	149.607	154.264
<b>Total</b>	<b>171.189</b>	<b>181.337</b>	<b>198.364</b>	<b>212.288</b>	<b>217.703</b>

(\*) Datos provisionales para el año 2007

Fuente: *Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM), Avance de Estadísticas de Propiedad Intelectual, 2007.*

15 VÍA NACIONAL se refiere a una solicitud de patente individualizada en cada uno de los Estados en los que se desea obtener protección. Su tramitación corresponderá a cada oficina de los Estados para los que se solicita la protección. En este caso se refiere a la solicitud de patentes presentadas directamente en la OEPM (Oficina Española de Patentes y Marcas).  
 16 VÍA EUROPEA se refiere a una solicitud de patente con protección en los Estados europeos, que es tramitada directamente por la OEP (Oficina Europea de Patentes) y que designa a España.  
 17 VÍA PCT (Patent Cooperation Treaty o Tratado de Cooperación en materia de Patentes) se refiere a la solicitud de patente con protección en cada uno de los Estados perteneciente al Tratado, a través de la OEP que designa a España y la PCT que entra en fase nacional, por lo que OEPM actúa como receptora de este tipo de solicitud. Actualmente, son 139 los países miembros de este tratado.

Desde el punto de vista de la tramitación nacional, a comienzos de la década de los 90, las solicitudes de patentes de los residentes en España fueron 2.218. Si se observa el cuadro 8, en España se solicitaron 3.244 patentes en 2007. Según estos datos, las solicitudes de patentes de residentes se han incrementado un 46%. Sin embargo, hay una disminución de solicitudes extranjeras vía nacional. En 1990 la solicitud extranjera para España era de 1.079<sup>18</sup> patentes. En el año 2007 fueron 195 las solicitudes registradas. Esto se debe a que la solicitud de patentes con protección en España se realiza sobre todo a nivel europeo y más aún, a nivel global.

**Cuadro 8**

**Solicitud de patentes vía nacional según origen**

Año	Residentes	No residentes	Total
2003	2.804	277	<b>3.081</b>
2004	2.864	236	<b>3.100</b>
2005	3.027	225	<b>3.252</b>
2006	3.098	254	<b>3.352</b>
2007	3.244	195	<b>3.439</b>

Fuente: Oficina Española de Patentes y Marcas, Avance de Estadísticas de Propiedad Intelectual, 2008.

Si analizamos las cifras proporcionadas por la Oficina Europea de Patentes (OEP), en 2005 (últimos datos disponibles), veremos que España presentó un total de 26,37 patentes por millón de habi-

tantes. Ese mismo año, la UE solicitó de media 101,3 patentes (ver cuadro 9). De acuerdo con estos datos, el porcentaje de patentes españolas representa un 26% de la media de las patentes registradas en la UE 27, porcentaje todavía escaso y que se corresponde con la poca tecnología propia que genera el país. La ampliación de la UE ha permitido que España mejore su posición en cuanto a las patentes solicitadas. Sin embargo, continúa registrando un número escaso de patentes y menor respecto a algunas de las economías incorporadas recientemente (tal es el caso de Eslovenia que registró 29,5 patentes por cada millón de habitantes frente a las 26,4 de España). Y muy inferior, también, a las solicitadas por la mayoría de los países de nuestro entorno, tal es el caso de los Estados del norte de Europa: mención especial para Suiza que alcanza en 2005 las 395 patentes.

Los datos de inversión en tecnologías de información y comunicación (TIC) en España no varían mucho respecto a las cifras globales. En el 2005, el número de patentes en el ámbito de las TIC registradas por nuestro país en la OEP (Oficina de Patentes Europea) supuso un 3% de las que registró Alemania (5.271) y un 7% de las de Francia. En el conjunto de la UE, España representa el 1,1% de las patentes relacionadas con el sector TIC.

<sup>18</sup> Pampillón, R. (1995): "El comportamiento de las patentes en España, 1967-1990". Información Comercial Española, nº 2293.

**Cuadro 9**

**Patentes registradas en la OEP<sup>19</sup>**

Patentes registradas (por millón de habitantes)			
	España (A)	Media UE 27 (B)	A/ B (%)
1994	9,99	62,45	15,9
1995	9,87	65,46	15,0
1996	10,82	75,33	14,4
1997	14,68	84,90	17,3
1998	15,92	93,80	16,9
1999	18,35	101,35	18,1
2000	19,73	106,10	18,6
2001	21,21	104,73	20,3
2002	22,53	102,99	21,9
2003	22,16	104,85	21,1
2004	26,95	108,40	24,9
2005 <sup>(*)</sup>	26,37	101,30	26,0

(\*) Datos estimados EUROSTAT

Fuente: Eurostat, *Indicadores estructurales*, 2008.

**4. La balanza de pagos tecnológica**

Ya se ha visto como la escasa acumulación de capital tecnológico es una de las principales causas de la escasa productividad de la economía española, y también de los bajos ingresos por royalties<sup>20</sup>. En este contexto, la capacidad española para generar patentes se manifiesta en la balanza tecnológica. La balanza de pagos tecnoló-

<sup>19</sup> OEP = Oficina Europea de Patentes. Las patentes más importantes de Europa se registran en esta Oficina.

<sup>20</sup> Los royalties son los pagos o cobros en concepto de utilización, disfrute o cesión de una patente

gica contabiliza el flujo anual de ingresos (exportaciones) y de pagos (importaciones) por royalties entre un país y el resto del mundo. El análisis de los datos relativos a la balanza tecnológica española y a otros indicadores complementarios, ya analizados, muestran que España importa actualmente mucha tecnología y exporta poca. Esta dependencia tecnológica española queda reflejada, concretamente, en los bajos niveles de cobertura de su balanza de royalties (22% de media en el periodo 2000 – septiembre 2008).

**Cuadro 10**

**Balanza de royalties (millones de euros)**

Año	Ingresos (X)	Pagos (M)	Saldo	Cobertura (X/M)
2000	460	1919	-1459	24%
2001	408	1875	-1457	22%
2002	392	1923	-1531	20%
2003	468	2229	-1761	21%
2004	402	2443	-2041	16%
2005	447	2121	-1674	21%
2006	749	2005	-1256	37%
2007	389	2465	-2076	16%
2008 <sup>21</sup>	431	1606	-1175	27%

Fuente: *Banco de España*, 2008.

En el cuadro 10 se observa cómo los saldos de la balanza tecnológica española en concepto de royalties han sido siempre negativos y con coberturas que oscilan entre el 20% y el 30% en los últimos años (por cada 100 euros que España paga de royalties sólo ingresa 22 de media). Estas bajas tasas de cobertura confirman la elevada dependencia tecnológica española con respecto a otros países.

<sup>21</sup> Datos correspondientes a los nueve primeros meses del año 2008.

## 5. Conclusiones

La innovación y la competitividad son herramientas importantes para el desarrollo económico de un país, ya que incrementan su productividad y la calidad de los productos y servicios que ofrece. La productividad en el desarrollo tecnológico se puede medir a través del número de patentes que se generan. Las patentes son un indicador que se utiliza comúnmente para medir la capacidad innovadora de un país porque están consideradas como un incentivo a las actividades relacionadas con la innovación y su explotación económica.

Para medir el nivel de competitividad de España con el resto del mundo, se ha utilizado la participación en las exportaciones mundiales, la posición de competitividad, el comercio exterior de los bienes de equipos, la inversión en I+D, y las P.I. en España. En este sentido, se observa que España tiene una baja inversión en I+D con respecto a la media de los países de la UE. Por tanto, las patentes producidas por España son comparativamente pocas, lo que genera una menor productividad y una mayor dependencia tecnológica del exterior.

La posición de España en el área de la innovación frente a muchos otros países del mundo es muy cerrada. Sin embargo, el desarrollo tecnológico de España se encuentra por debajo de la mayoría de los países desarrollados. Como posee pocos productos patentados, se ha visto en la necesidad de importar tecnología. Esto

ha traído como resultado un saldo negativo en la balanza de royalties, un bajo nivel de exportación, y por ende, una posición competitiva inferior frente a los países industrializados. Desde el punto de vista de la política económica, este hecho plantea la necesidad de adoptar medidas adecuadas para invertir en innovación y ser más competitivos.

Para que España pueda alcanzar los niveles de I+D de los demás países europeos y del mundo, se tiene que incentivar la creación de nuevas tecnologías. Esto se consigue mediante la creación de nuevas políticas gubernamentales que desarrollen el talento humano y la innovación, la protección de las nuevas creaciones y la innovación de sistemas organizacionales.

Para incrementar el gasto en I+D, y por tanto, el crecimiento económico de un país es necesario incentivar la innovación tecnológica. El desarrollo de I+D depende de la educación y de políticas tecnológicas que motiven a las personas a innovar.

El conocimiento es fundamental para el crecimiento de una economía. De ahí que se necesiten políticas educativas que desarrollen un personal capacitado para enseñar, nuevos programas de estudios, e instalaciones físicas adecuadas que provean facilidades educativas de mayor calidad. Esto se puede realizar a través de la apertura y promoción de programas nuevos y actualizados que despierten el interés de nuevos alumnos, y la capacitación del profesorado para brindar mayor calidad en sus enseñanzas. Se puede y debe

fomentar también la incorporación de talento extranjero, tanto para trabajar, como para enseñar.

Una política tecnológica adecuada pasa por una correcta legislación respeto de la P.I. orientada a estimular la generación de tecnología. Ésta debe consensuarse con las empresas y centros públicos de investigación y, en todo caso, con el Sistema Científico-Tecnológico español. Las empresas españolas deben vincularse más a los programas públicos, a los centros de investigación y a las oficinas de transferencia de resultados de la investigación. La excesiva importancia que en España tienen los entes públicos de investigación, y su desconexión con la iniciativa privada, impiden que la investigación básica se transforme en innovaciones de carácter productivo.

No se puede olvidar que el éxito de Estados Unidos y Japón se debe a la innovación tecnológica. Estos países poseen un sector empresarial muy competitivo, con repercusiones positivas en sus crecimientos económicos y sus balanzas de pagos de alta tecnología. Por tanto, España debe continuar destinando más presupuesto para la generación e investigación de nuevas tecnologías.

Otro incentivo para el desarrollo de I+D es la protección de las nuevas creaciones a través de la P.I. Las patentes motivan a los autores e inventores a originar nuevos inventos porque sólo ellos acapararán los beneficios de la explotación de su obra por un tiempo determinado. De no concederles este monopolio legal no se les ase-

gurarán la obtención de los ingresos por la comercialización de su obra, y, por tanto, no se verán incentivados a crear. Si no hubiera patentes los inventores no se animarían a inventar ya que no tendrían garantías de que sólo ellos podrían explotar monopolísticamente sus innovaciones; otros podrían recoger su idea y hacerle la competencia en el mercado.

Desde otro punto de vista, los copyrights y las patentes se pueden considerar como un desincentivo de la innovación. Andrews (2006) dice que la patente no debe ser utilizada para proteger leyes naturales, productos naturales o fórmulas matemáticas. Argumenta que al patentar estos tipos de descubrimientos se puede limitar nuevos hallazgos científicos que el mismo creador no contemplaría desarrollar.<sup>22</sup> Joseph E. Stiglitz dice que es necesario rediseñar las leyes de Propiedad Intelectual para incrementar los beneficios, reducir los costes, incrementar la eficiencia de la economía y la velocidad del desarrollo de la innovación.<sup>23</sup> La P.I. garantiza al creador la explotación única de su invención. Esta barrera de entrada es un sistema monopólico temporal que busca proveer al inventor del disfrute económico de una investigación que le costó tiempo y dinero. Si esta no existiera, podría generarle pérdidas, sobre todo si el invento fuese copiado por una empresa con mayores recursos, y con mayor influencia internacional.

<sup>22</sup> Andrews, L., Paradise, J., Holbrook, T., Bochniak, D, (2006): "When Patents Threaten Science", *Science*, página 1395.

<sup>23</sup> Stiglitz, J. (2008): "Economic Foundations of Intellectual Property Rights", *Duke Law Journal*, Vol. 57:1693.

Sin embargo no todo el incremento de la productividad es derivado de las invenciones, y no toda invención es patentable. Puede ser, también, resultado de las mejoras en la calidad de la fuerza del trabajo, economías de escala, cambios demográficos, entre otros. El economista y Premio Nobel Milton Friedman tenía la siguiente opinión sobre la P.I.: *“Hay muchas ‘invenciones’ que no son patentables. El ‘inventor’ del supermercado, por ejemplo, generó grandes beneficios a sus congéneres por los cuales no podía cargarles un precio. En la medida en que una misma habilidad es requerida tanto por un tipo de invención como por otro, la existencia de las patentes tienden a desviar la actividad hacia las invenciones patentables”*. Con ello Friedman nos quiere decir que las patentes no son la única fuente de recursos para competir. Estos instrumentos y sistemas podrían ser efectivos sin desarrollar patentes, y a la vez, pueden integrar áreas patentables. La OCDE dice *“Un desafío clave de política para los países de la OCDE es desarrollar e implementar políticas que apoyen la innovación en un sentido más amplio (por ejemplo, incluyendo la innovación organizacional (...))”*.<sup>24</sup> Esto indica que el desarrollo de la innovación tecnológica de un país, está ligado no sólo a los cambios y reformas en las políticas de I+D, y a la protección legal del invento, sino también al avance en el desarrollo de nuevos sistemas organizacionales que permitan desarrollar más ampliamente la tecnología, lo que se debería fomentar tanto dentro de administraciones públicas y privadas, como en sectores industriales y de servicio.

Para que España sea más competitiva es necesario que mejore su productividad e incremente el esfuerzo nacional en el desarrollo y protección de tecnologías propias. De ahí la importancia de fomentar y crear nuevas medidas legislativas para incentivar el desarrollo de la innovación tecnológica y la protección adecuada de la P.I.

En estos momentos de crisis financiera, el principal problema que encuentran las empresas españolas es el de financiar la inversión en innovación por la dificultad de acceso a los créditos bancarios y a los mercados de capitales. A ello hay que añadir la poca habilidad que están mostrando para beneficiarse de las desgravaciones fiscales que se ofrecen por realizar actividades de I+D+i. Otra problemática es el alto desarrollo tecnológico frente a la baja existencia de mercados para la aceptación de productos y servicios. Si el producto o servicio creado tiene difícil comercialización, puede tener una baja demanda y perjudicar el incentivo del desarrollo de la I+D. Las empresas deberían destinar más recursos a investigar las necesidades del mercado, desarrollar productos tecnológicos en base a las necesidades existentes o no existentes, industrializar, comercializar y distribuir los productos para que los resultados de la I+D alcancen el éxito comercial que motive a las empresas. Con ello se logrará la mejora de la competitividad en el tejido empresarial.

## Anexo 1: La propiedad intelectual e industrial

La Propiedad Intelectual e Industrial (P.I.) son instrumentos de protección de los resultados de investigación y creatividad que

<sup>24</sup> OCDE (2008): Industry, Service and Trade, pp. 11-16.

reconoce y garantiza un derecho particular a favor de un autor sobre las creaciones. Se define también como las creaciones únicas resultantes del ingenio y la capacidad inventiva del ser humano. La Propiedad Intelectual se adquiere por la creación de una obra, mientras que la Propiedad Industrial requiere la realización de un registro. Esto da lugar a dos categorías establecidas de Propiedad Intelectual: 1) Propiedad Industrial, que incluye las patentes de invenciones, marcas, diseños industriales e indicaciones geográficas, y 2) Derecho de Autor, que engloba obras literarias, películas, obras musicales, obras artísticas y diseños arquitectónicos.

Todas las modalidades de protección son de carácter territorial. Por ejemplo, una patente española no protege esa invención en otro país. Por ello, existen distintos niveles de registro: nacional, comunitario e internacional.

Para otorgar el derecho de P.I. al creador es necesario que se cumplan los requisitos que señala la legislación pertinente. En todos los países del mundo existe un sistema jurídico responsable de conceder los derechos de propiedad intelectual. Este otorga derechos de propiedad intelectual sobre los nuevos conocimientos, confiriendo al creador el aprovechamiento del valor comercial. El uso, intercambio y reparto ordenado de esas creaciones entre varios socios comerciales, a través de una compleja red de relaciones estratégicas suele funcionar con armonía a lo largo del proceso de desarrollo del nuevo producto. La finalidad es comercializar bienes y servicios nuevos y perfeccionados en el mercado nacional e internacional.

La concesión por parte del gobierno de un derecho de propiedad sobre un producto intelectual intangible útil, permite que el titular disfrute, por un tiempo limitado, del *derecho de excluir* a todas las demás partes de los beneficios económicos derivados del mismo. Esto significa que ese derecho prohíbe el uso comercial de los activos de P.I. por parte de terceros sin el consentimiento previo del titular del derecho de P.I. Entre los distintos tipos de derechos de P.I. están incluidos los secretos comerciales, los modelos de utilidad, las patentes, las marcas, las indicaciones geográficas, los diseños industriales, los esquemas de trazado de circuitos integrados, los derechos de autor y los derechos conexos, y las nuevas variedades vegetales.

## Anexo 2: Tipología de la protección de la propiedad intelectual<sup>25</sup>

### PATENTE

La patente es un derecho que protege al inventor de una innovación susceptible de aplicación industrial y del uso exclusivo de la explotación industrial y comercial del objeto de la patente. Impide que cualquier tercero fabrique, ofrezca, utilice, comercialice o importe la invención sin consentimiento del titular. Su duración es de 20 años, renovable con el pago de tasas anuales a partir de su concesión. Los organismos competentes son:

- Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) a nivel nacional.
- Oficina Europea de Patentes (OEP) a nivel europeo.

<sup>25</sup> Información publicada en el Observatorio Virtual de Transferencia de Tecnología.



- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) a nivel internacional.

## MODELO DE UTILIDAD

Los Modelos de Utilidad se producen cuando un inventor cambia las funciones de un producto que ya existe para darle un valor distinto y satisfacer nuevas necesidades. Se caracterizan por su novedad relativa y su aplicabilidad industrial. El tipo de protección es similar al de la patente y su duración es 10 años. En España el organismo competente es la OEPM.

## SIGNOS DISTINTIVOS

La protección jurídica de los signos distintivos diferencia entre marcas, nombres comerciales y rótulos de establecimiento.

## MARCA

La Marca es un derecho que protege a la empresa de los signos susceptibles de una representación gráfica que distinguen en el mercado productos y servicios. Esta garantiza a su titular el derecho exclusivo de uso e impide que terceros comercialicen productos idénticos o similares con su marca o utilizando una imagen tan similar que cree confusión. Su duración es de 10 años, renovables indefinidamente. Los diferentes tipos de marca son: Marca Nacional, Marca Comunitaria y Registro Internacional. En función del ámbito regional existen diferentes organismos competentes: la OEPM gestiona la Marca nacional; OAMI es responsable de la Marca comunitaria; y OMPI, a través del Sistema de Madrid, admi-

nistra el sistema de Registro internacional. En el caso de América Latina, hay dos tipos de registro: Marca en el Grupo Andino, para los países miembros del Pacto Andino (Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú) y Marca en los países que integran MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela). Una vez decidido el nivel de registro, se ha de presentar una solicitud de registro de marca en la oficina de marcas nacional o regional apropiada.

## NOMBRE COMERCIAL

Derecho exclusivo a la utilización de cualquier signo o denominación como identificador de una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad empresarial. Como títulos de P.I., son independientes a los nombres de las sociedades inscritos en los Registros Mercantiles.

## DISEÑO INDUSTRIAL

Se trata un tipo de registro simple y poco costoso, accesible para todas las pymes. Su objeto es proteger la apariencia externa de un producto o parte del mismo, no de sus rasgos técnicos. Pueden ser rasgos en tres o dos dimensiones, pero siempre nuevos y no funcionales. Otorga derechos exclusivos para impedir su reproducción o imitación no autorizada por parte de terceros. Su duración es de 5 años, prorrogables hasta un máximo de 25. En el caso de diseño comunitario no registrado la vigencia es de 3 años desde la divulgación del mismo. Los diferentes tipos de diseño industrial son: Diseño Industrial Nacional, Dibujo y Modelo Comunitario registrado / no registrado y Registro Internacional. Los organismos compe-

tentes son la OEPM para registros nacionales, OAMI para dibujos o modelos comunitarios registrados y Sistema de La Haya, administrado por la OMPI, para registros internacionales.

## MODELO INDUSTRIAL

Aporta derecho exclusivo a su titular sobre la forma nueva u original dada a un producto o artículo tridimensional. La creatividad protegida recae sobre el aspecto estético del producto.

## DIBUJO INDUSTRIAL

Protección análoga al Modelo Industrial para objetos bidimensionales. Se trata de toda disposición (líneas, colores, etc.) aplicable con un fin comercial a la ornamentación de un producto.

## INDICACIÓN GEOGRÁFICA

Signo utilizado para productos que tienen un origen geográfico concreto y poseen cualidades o una reputación derivadas específicamente de su lugar de origen. Por ejemplo, la Denominación de Origen.

## DERECHOS DE AUTOR

Protege obras originales literarias, artísticas o científicas (incluidos programas de ordenador y bases de datos). La protección del Derecho de Autor abarca únicamente las expresiones, no las ideas, métodos ni conceptos. Con los Derechos de Autor se proporciona al creador original de la obra y a sus herederos capacidad legal para detentar el derecho exclusivo a utilizar o autorizar a terceros la uti-

lización de la obra en condiciones convenidas de común acuerdo, vender los derechos sobre sus obras a terceras partes, reivindicar la autoría de la obra y el derecho a oponerse a modificaciones que puedan atentar contra la reputación del creador. Su duración es mayor que en los casos anteriores, siendo de toda la vida del autor más 70 años después de su muerte. No es necesario el registro, la protección surge por el sólo hecho de creación de la obra.

## SECRETO INDUSTRIAL

Se trata de proteger información secreta y valiosa (conocimientos técnicos, fórmulas, ideas, etc.). Dicha protección expira cuando se conoce el secreto. Su aplicación se desarrolla en base a acuerdos de confidencialidad y otras medidas para preservar el secreto. Se trata de una forma de protección peligrosa, porque expira cuando se conoce el secreto, pero muy útil para casos de materias no protegibles.

## Últimos títulos publicados en la colección MONOGRAFÍAS

MONOGRAFÍA 15. Cuervo-Cazurra, A., Fanjul, E., Muela, M., Nadal, A. (2008): *La empresa española en NAFTA*.

MONOGRAFÍA 14. Arahetes, A., Audera, V., Gómez, C. y Sánchez, A. (2006): *La empresa española en Brasil y Rusia: oportunidades similares, ritmos diferentes*.

MONOGRAFÍA 13. Bustelo, P., Cacho, L. y Zaballa, J.J. (2006): *La presencia española en países de fuerte crecimiento: China e India*.

MONOGRAFÍA 12. Toribio, J.J. (2003): *Globalización, Desarrollo y Pobreza*.

MONOGRAFÍA 11. González, M.J. (2003): *El empresario y la economía de mercado. Breve recorrido por los textos de Historia, Geografía y Economía utilizados en los Centros de Enseñanza Media*.

MONOGRAFÍA 10. Trigo Portela, J. (2001): *Margen empresarial, costes y precios*.