

HACIA LA DESESTIMACIÓN DE UNA FALACIA INSTITUCIONALIZADA: EL SISTEMA DE PATENTES

**ALBERTO GUIDO SANTAMARÍA
JAVIER FERNANDO NÓRBE**

1. Introrro

La cuestión de la viabilidad o improcedencia de la aplicación de un sistema de patentes, ha provocado encarnizados debates, que han adquirido mayor fogueidad a partir de la segunda mitad del siglo pasado.

Fue entonces cuando los seguidores del liberalismo clásico (aquel que consagraba como bastión la libre concurrencia y la invisible hand de Adam Smith), fastigaron con duros términos el sistema de patentes, por considerarlo franco basamento de la plasmación de monopolios en la oferta de bienes y servicios. Sin duda, el *laissez faire, laissez passer* de Turgot se contraponía con la idea de institucionalizar tal afrenta a la competencia cuasiperfecta, en el sentido que tales patentes garantizaban el pleno dominio de sectores del mercado, por la exclusividad de la explotación de un determinado descubrimiento.

La gran crisis económica de postrimerías del siglo XIX (que provocó un ciclo recesivo en la economía internacional con el respectivo detrimento en el comercio interestadual), orientó hacia esquemas proteccionistas, y en tales variables, el sistema de patentes encontró un adecuado caldo de cultivo. Tal intensidad había alcanzado la disputa en torno al problema, que en Suiza se rechazaba desde la Constitución Helvética el sistema de patentes; en los Países Bajos se había abolido la ley de patentes; y en el resto de los países industrializados —Francia, Alemania, Inglaterra— se propugna-

ba por la íntegra abolición del mentado sistema; tan es así, que el celeberrimo periódico británico especializado "The Economist" afirmaba en su edición del 5 de junio de 1869: "Es bastante probable que dentro de poco las leyes de patentes sean abolidas", frase que se convirtió en un verdadero lugar común en aquellos días.

2. INSUFICIENCIA DE LAS TEORÍAS QUE PRETENDEN DAR SUSTENTO A LA EXISTENCIA DEL SISTEMA DE PATENTES

En la conferencia de Viena de 1873, preparatoria del Convenio de París de 1883, se produjo un ordenado debate, del cual pueden extractarse las diferentes tesis que procuran dar fundamento al sistema de patentes.

a) Teoría del derecho natural de propiedad.

Los derechos del individuo y el "abstractum de la *lex naturalis*".

La propiedad intelectual es considerada como parte integrante del cúmulo o haz general de los derechos de propiedad, concebidos estos últimos como *ius naturalis*. En consecuencia, la propiedad no es una institución de origen social (nace en el individuo y él lo receipta), por la cual su tésis no apunta a propósitos comunitarios. De ese modo, las ideas (desde un concepto racionalista) son exclusivas e inherentes a la esencia del individuo. Entonces, las ideas son un objeto posible y adecuado de derecho exclusivo.

Consecuentemente, el Estado está obligado a reconocer el derecho natural preexistente, teniendo la obligación moral de otorgar un derecho exclusivo a quien presentó un invento. Evidentemente, debe ser éste un principio de alcance internacional, de modo tal, que todos los Estados consagren tal protección.

¿Podemos considerar consistente tal tesis?

En rigor a la verdad, una idea no es objeto adecuado para que se constituya sobre ella un derecho de propiedad, dado que no puede ejercerse la inmediatez característica del *ius in re* en sentido lato. De momento, la idea o conjunto de ideas resultantes de la actividad creadora psicomotriz del individuo que se manifiesta en un invento, cuando es publicada, toma estado público y no puede ejercerse sobre ella contralor alguno. ¿Debería entonces ser vedado su uso al resto de las personas?

Interpretando y actualizando la noción de Ginnosar, la propiedad como haz de derechos subjetivos no es sólo inmediatez sobre bienes corporales: también involucra capacidad de disposición sobre bienes inmateriales. Tales los supuestos que hallamos en los derechos crediticios —cheque, pagaré—; basándonos en el título donde consta el crédito, puede conminarse al solvens a satisfacer el *ius credendi* del titular. Análoga situación se observa en el caso de la patente y los derechos industriales en general, en donde según el título otorgado por la autoridad competente —la patente propiamente dicha— puede constreñir a otra persona a una obligación de no hacer, esto es, a abstenerse de explotar, en un plazo determinado el invento oportunamente reivindicado.

A su vez, si aceptamos a las invenciones como inmersas en un derecho de propiedad regulado por la *lex naturalis*, debemos consecuentemente aceptar ciertos parámetros, tales como:

1) El otorgamiento a perpetuidad de derechos al inventor, sus causahabientes y cesionarios. Los resultados de semejante postulado, contrarían absolutamente la adecuada competencia de los agentes económicos, puesto que importaría reconocer monopolios *ex lege* a perpetuidad, situación que dañaría a la comunidad toda.

2) La no exigencia de limitaciones y requisitos al patentamiento ni la exclusión de ciertas materias de la protección de las patentes. La sola existencia del invento da lugar por se a su patentamiento, dado que, a este *ius naturalis*, podría exigírsele, que tornara su potencia en acto, esto es, lograr la debida aplicabilidad industrial. Así, el derecho natural estaría por encima del costo de oportunidad de un determinado ciclo económico, o de los resultados negativos de las deseconomías externas (p.ej., contaminación). Tal sería el caso de la intangibilidad por su origen del patentamiento de invenciones farmacéuticas, ante los requerimientos de salud pública.

3) La internacionalidad del sistema de patentes, por cuanto el reconocimiento universal del *ius naturalis* impediría la sujeción a un único ámbito espacial nacional. El sistema de patentes, sobre la base de tales parámetros de sujeción, traería aparejado indudablemente un *pondemonium* de normas contrapuestas, que se arrogarían el carácter de reconocimiento universal. La práctica en esta mate-

ria tan controvertida ha demostrado que tales afirmaciones son meramente utópicas e inoperantes.

Luego, la tesis del derecho natural no puede dar sustento a la existencia del sistema de patentes.

Procuraremos analizar entonces el resto de las tesis a considerar.

b) Tesis de la retribución al inventor por servicios prestados

El invento produce una serie de beneficios tangibles a la comunidad toda, y posibilita una mayor interacción entre los agentes económicos, posibilitando una reducción de costos, aumento de competitividad y productividad e innovación en materia de inversiones (tales efectos, por supuesto, analizados desde una perspectiva de alcance económico-financiera, por citar sólo un ejemplo). De modo tal que, como el resto de los agentes económicos goza de su respectiva remuneración por los servicios prestados, el inventor y el tecnólogo deben también ser retribuidos. Sin embargo, se ha llegado al extremo de consagrar el monopolio exclusivo de patente como la debida remuneración.

Podemos desestimar tal postura del premio o retribución (fundamentalmente en cuanto a la estructura del tal premio: la concesión de monopolio de explotación), con fundamento en la utilización por parte del inventor de conocimientos previos acumulados por el patrimonio cultural de un grupo humano, recursos por los cuales el inventor no ha reembolsado la retribución pertinente transformándose en una verdadera contradicción lógica que el inventor reclame a la sociedad una retribución que él aún no ha abonado. Por otro lado, ¿es justa, es equitativa, la medida de la retribución? Sin duda, los efectos contraproducentes del ejercicio monopolístico de la explotación de inventos por intermedio de la patente correspondiente, se manifiestan a través del aumento de los costos y, consecuentemente, de los precios finales, a más de la creación caprichosa de un bien escaso que tornará su demanda rígida y su oferta regulada subrepticamente, en franco desmedro al libre desenvolvimiento del mercado. Se impedirá así a la sociedad que haga uso del invento: deberá sujetarse a las disposiciones monopolísticas del inventor o del licenciataria, en el caso de explotarse.

Además, téngase en cuenta que las grandes investigaciones científicas para la modernización y el desarrollo se

llevan a cabo en importantes empresas o en instituciones educativas y culturales privadas y estatales, con la intervención de grandes grupos multidisciplinarios, transdisciplinarios e interdisciplinarios, constituidos por gran número de personas que rotan constantemente, haciéndose difícil la individualización precisa del sujeto inventor. Ante tales inconvenientes, estimamos improcedentes tales parámetros, y en consecuencia, la tesis toda.

c) Teoría de estímulo a la invención

Debido a que el progreso industrial es una cuestión de primera necesidad, ni la invención, ni la consecuente explotación de los inventos se desarrollarán adecuadamente, a menos que los inventores e inversores tengan esperanzas fundadas en el grado de rentabilidad y la percepción de beneficios futuros con una tasa de recupero en corto plazo, de la empresa en marcha.

Entonces, se ha llegado a afirmar que no se producirá innovación tecnológica ni inversión rentable sin las exorbitantes ganancias netas del monopolio de patentes. Es ésta una verdadera falacia, como lo es todo el sistema de patentes.

Si bien no podemos afirmar con suficiencia y sobre la base de datos estadísticos, que ha habido o habrá más invenciones gracias al sistema de patentes, sí podemos afirmar que de ninguna manera es general y absoluto tal postulado en la realidad industrial. Los constantes proyectos piloto de megasempresas como IBM, en el campo de la informática, Minnesota Mining and Manufacturing (3M), en el área de los adhesivos, o Ford Motors Co. en la automovilística y la mecánica, con innovaciones constantes que pronto transforman en obsoletas a las invenciones anteriores demuestran que el sistema de patentes siempre está un paso atrás de la impresionante actividad de los entrepreneurs e innovadores tecnológicos. Aun así, en estudios realizados donde se demuestra que en el área de los directivos empresarios y en el área de investigación y desarrollo no existe opinión conteste al respecto, se nos manifiesta que, al menos, la duda sobre la efectividad del sistema de patentes corroe el razonamiento de los agentes económicos. A propósito, Edsel Ford, presidente de la Ford Motors Co. afirmó cierta vez que "creo definitivamente que si lo realizara", cuando se le preguntó qué haría su compañía si se viera imposibilitada de acceder a patentes de invención; si igual-

mente seguiría trabajando y produciendo con el mismo nivel de innovación.

Desde otro enfoque, debemos ver a la innovación como una obligación para las empresas que quieren mantenerse en condiciones de competitividad adecuadas a los efectos de conquistar sectores del mercado. El facilitarle un sistema de patentes que monopolice la explotación de sus inventos, sería garantizar el riesgo asumido y restar competitividad a la producción, denigrando la naturaleza propia de la innovación empresarial.

Confirman nuestros dichos las conclusiones de Seymour Melman, en un estudio realizado para el subcomité de patentes del Senado de los EE.UU. en donde asevera: "Con el sistema de patentes o sin él, proseguirá la búsqueda eficaz de conocimientos en las universidades y otras instituciones sin fines de lucro, con los recursos disponibles, mientras la búsqueda de conocimientos sea considerada un fin en sí mismo. Las empresas seguirán ampliando sus investigaciones en las técnicas útiles, según dicten las necesidades de la competencia, con privilegios de patentes o sin ellos.

Concluamos, entonces, que la teoría de estímulo de la invención mediante la atribución monopólica, no puede dar sustento al sistema de patentes.

✕ d) Teoría de la divulgación

En la mayor parte de las leyes sobre patentes se incluye el requisito de la descripción, donde deben expresarse puntualmente los caracteres de la invención para que una persona calificada de nivel medio pueda ejecutarla. De esta manera, se contribuye a elevar el piso tecnológico existente en la sociedad, puesto que este nuevo conocimiento o conjunto de conocimientos descritos de forma clara y completa podrá ser utilizado por otros individuos para generar nuevas innovaciones, impulsar nuevas inversiones en investigación y desarrollo, y en consecuencia, continuar con la evolución de los conocimientos científicos y tecnológicos. En vista de tal circunstancia, se afirma que si la innovación o invención está vedada o aislada al conocimiento de los demás, siendo conservada en secreto por su mentor, el avance tecnológico no podrá darse en su plenitud. Y es aquí, conforme a la tesis en análisis, donde se hace necesario el sistema de patentes: es necesario que, ante la divulgación que el inventor realiza, su innovación debe estar salvaguardada

efectivamente por el monopolio consagrado por un sistema de patentes.

Tal teorización no resiste una pormenorizada contraposición con la realidad. Si bien el inventor puede conservar su secreto, lo cierto es que los parámetros tomados como base de investigación son generalmente los vinculados a la técnica imperante, adicionado el hecho de la interconexión y cooperación científica entre los hombres sobre idénticos objetos de estudio. Así, salvo excepciones tangibles, un número determinado de investigadores, por separado, basándose en los mismos criterios de metodología científica, arriban a similares o idénticos inventos. Es interesante pues, a título ejemplificativo, citar el caso de la invención del teléfono: el italiano Antonio Meucci, nacido en Florencia en el año 1808, que tenía experiencia previa en la investigación en materia de telégrafos, pretendió crear un sistema en virtud del cual los vocablos emitidos por la voz humana llegaran al destinatario receptor a través de una corriente eléctrica. Luego de arduo trabajo en los EE.UU. —adonde había emigrado en 1835—, inventó un aparato en forma de bobina, con imán y una especie de diafragma.

Pudo así "telegrafiar las palabras", pero carecía de los recursos necesarios para patentar tal creación. Sin embargo el 20 de diciembre de 1871, presentó en la oficina de patentes de los EE.UU. un pedido provisional acompañado de textos y dibujos, reservando el derecho de peticionar definitivamente la patente de invención. Transcurren ciertos años en los cuales Meucci pretende acopiar recursos para hacer frente a los gastos de patentamiento.

Llega el año 1874 (un 14 de febrero), y en tal año, con tan sólo dos horas de diferencia, se presentan dos pedidos de patentamiento definitivo del teléfono: pero no son de Meucci, sino de otros dos sabios: Graham Bell y Eliseo Gray. Ambos obtienen entonces el documento que les acreditaba el privilegio de invención y la propiedad industrial. Tal circunstancia —que la historia ha corroborado como la coincidencia de investigaciones apuntadas a un mismo fin innovador— acredita que la exclusividad de patentamiento puede traer serios perjuicios. Meucci se dirigió a los tribunales, a los efectos de accionar contra la nueva compañía que explotaba "su" invento: la Bell Company. Luego de confusos episodios, la Suprema Corte estadounidense reconoce en 1886 la prioridad de Meucci y condena a la Bell Company a abonar una compensación resarcitoria de 100.000 dólares.

Sin embargo, la culpa no era de Meucci por su falta de diligencia (el pedido de patente provisional lo corrobora) ni del apoderamiento ilegítimo de una invención no propia por parte de Graham Bell (hecho comprobado por cuanto los hallazgos de Bell, si bien parten de las mismas premisas, apelan a diferentes medios técnicos), sino de la imperfección del sistema de patentes, que no contemplaba la convención o invención simultánea por diferentes agentes. Y así se lesionaron los derechos del italiano.

Otra grave falencia la hemos hallado en el requisito de descripción, por cuanto su cumplimiento puede no ser llevado a cabo de la mejor manera por el solicitante, por ejemplo, no revelando íntegramente los elementos caracterizantes, situación que se dificulta ante disciplinas científicas verdaderamente complicadas.

Entonces, ante la posible mala fe del solicitante en el desarrollo de la descripción, se afirma que con requisitos legales más severos —tales como la descripción del mejor método para la explotación del invento— y una administración más estricta, se podría solucionar el problema de marras. Tal solución nos parece un tanto utópica, por cuanto la gran y progresiva complejidad científica seguirá agravando la cuestión.

A su vez, es posible que los técnicos necesarios para clarificar la descripción no puedan ser dados, puesto que no se cuenta con esa información al momento del patentamiento (p.ej., elementos necesarios para concretar la producción del invento o su aplicación a gran escala) o bien es demasiado compleja para ser incluida en tal descripción. Tales elementos a aportar se verían aún más complicados ante el hecho de la variabilidad y heterogeneidad de las condiciones locales o la finalidad de utilización. Tal situación llevó a que Beier afirmara: "Su finalidad ya no es la de permitir la explotación de una invención por otros o, como dicen los economistas, de permitir su imitación. Antes bien, la función primordial de la exposición consiste hoy en facilitar al público un panorama completo y exacto del estado más reciente de la tecnología".

Ante la desestimación de ésta y de cada una de las tesis analizadas, sólo nos resta afirmar, para argumentar más fehacientemente en las conclusiones, que se ha institucionalizado una falacia en el ámbito de los sistemas de patentes.

**3. LA TANGIBILIDAD DEL PROBLEMA.
PARTICULAR EFECTO DEL SISTEMA DE LAS PATENTES
EN LOS SISTEMAS ECONÓMICOS EN VÍAS DE DESARROLLO**

En relación con los países en vías de desarrollo económico, los fundamentos reales de implantación de un sistema de patentes, surgen con suficiente claridad. Quienes están en la cresta de la ola tecnológica, y pretenden consagrar un monopolio para afectar la libre competencia, único medio de exaltación de la confiabilidad de la producción ante los consumidores y la puja legítima de costos y precios, ven en los sistemas de patentes la cristalización y aseguramiento de sus márgenes netos de ganancia y sus porcentajes estables de rentabilidad, en franca contradicción con el principio del riesgo de las inversiones. Por ejemplo, en concepto de productos farmacéuticos, en los países desarrollados se han registrado ingresos por productos patentados en concepto de 1300 millones de dólares, mientras los países en vías de desarrollo ven perjudicada su balanza comercial en idéntico rubro, en 1200 millones de dólares.

Se debía lograr en estos países un sistema de patentes que diera igualdad de trato a nacionales y extranjeros; de esta forma, logrando el patentamiento de los productos por extranjeros —que se ven favorecidos por su loable adelanto científico y mayor potencialidad de inversión—, se consagró a su favor un ejercicio monopolístico, de la siguiente forma:

a) En la minoría de los casos registrados se procedía a explotar el monopolio con modalidad especial: en lugar de producir en el país de registro de patente, se realizan importaciones de otros países donde poseen otros emprendimientos económicos de igual objeto, aprovechando la ventaja comparativa dada por más bajos costos, salarios inferiores, etc., y se inunda el mercado, anulando la competencia franca por el control de la comercialización de los productos, imposibilitando el uso de tal innovación, por la patente resguardante.

b) En la mayoría de los casos (90 al 95%, estadísticamente hablando) no se hace uso del monopolio de patentes, puesto que éste se conforma para su propietario en un "resguardo preventivo". Es decir, ni siquiera se exportan productos a dichos mercados, dado que tales mercados pueden

no ofrecer los márgenes de rentabilidad esperados, pero si se vislumbra el surgimiento de imitadores locales. A su vez, en materia de compañías multinacionales, se señalan los mercados cautivos, mediante tal sistema de patentamiento, a las demás firmas rivales; esto es, sin duda, delimitar el campo impidiendo la libre concurrencia de los competidores.

Es decir, que el propietario de la patente no la explota, pero, además, impide la explotación por los competidores, o la importación de productos para paliar los efectos del monopolio y hacer descender los precios.

Algunos datos estadísticos corroborarán la veracidad de nuestros dichos, en relación a la negatividad de los efectos de un sistema de patentes sobre los países en desarrollo, al impedir su acceso a la competencia franca:

1) Tan sólo el 6% de las patentes que se conceden en el mundo son entregadas por los países en vías de desarrollo económico. Aproximadamente una de cada seis patentes otorgadas en dichos países corresponde a extranjeros —el 84% de éstas se han concedido a países como EE.UU., Inglaterra, Alemania, Francia y Suiza—.

2) Alrededor del 90 al 95% de las patentes concedidas a extranjeros en los países en vías de desarrollo no se explotarán nunca, y cumplirán un fin meramente preventivo, asca-reando los flagrantes ataques a la producción dinámica promovida por el mercado libre y la iniciativa de inversión productiva.

3) Los nacionales de los países en desarrollo no poseen dentro de sus propios países más del 1% del acervo internacional de patentes y en el resto de las naciones, no más del 0,55% de las patentes existentes.

Entonces, y sin pretender caer en una ridícula e ideologizada postura de xenofobia, vemos que los monopolios en manos de extranjeros o nacionales —aunque en este último caso son escasos los ejemplos— plasmados e institucionalizados por los sistemas de patentes, afectan sobremanera el desarrollo económico integral de los países analizados. El monopolio restringe y agota la competencia, hace crecer a los pueblos. Tomemos como conclusión final este adagio tan tajante, a los efectos de sintetizar nuestra postura, basada en criterios objetivos de investigación de la realidad económica internacional, y no en vanos resentimientos políticos.



4. CONCLUSIONES FINALES

Habiendo expuesto la desestimación objeto de nuestro estudio, es menester entonces finalizarlo con una conclusión fundamental. Tal es aquella por la cual, arribamos a plantear el delicado problema, es decir, que la conclusión no es más que la corroboración de la premisa base que tomamos como punto de partida: los efectos negativos sobre la inserción productiva y la libre competencia de los monopolios de ofertas.

Y tal supuesto se agrava si se pretende institucionalizar, esto es, receptar en el ordenamiento jurídico, un medio de menoscabar el libre ejercicio del comercio y la industria, hecho que importaría la violación de una preciada garantía que las constituciones de la mayor parte de los Estados han consagrado: la libertad económica. Y el sistema de patentes —cuando menos tal como está instrumentado en el presente— lesionaría tales derechos subjetivos fundamentales.

Alberdi, con su típica sapiencia y sentido común, dijo alguna vez: "¿Qué exige la riqueza de la ley para producirse y crearse? Lo que Diógenes exigía de Alejandro: que no le haga sombra". Y por cierto, que el actual sistema de patentes, es un arbusto demasiado frondoso, y su sombra amplia.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberdi, Juan B. *Sistema económico y realístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*. Plus Ultra, 1994, cap. I.
- Leque, Manuel A., Actualidad de los bienes incorpóreos (patentes, marcas, medidas de utilidad, "know how", "software", biotecnología), en "Revista de Derecho Industrial", n° 21.
- ¿Es el "know how" un derecho de propiedad?, en "Revista de Derecho Industrial", n° 11.
- O'Farrel, Ernesto, *Patentes y productos veterinarios*, LL, 1987-A-1.
- Patel, Surendra J., Los derechos de propiedad intelectual en la zona Uruguay, en "Comercio Exterior", México, s/b, de 1989, vol. 48, n° 4.
- Penrose, Edith, *La economía del sistema internacional de patentes*, Siglo XXI Editores, caps. I y II, p. 3 a 41.
- La función del sistema de patentes en la transmisión de tecnología a los países en desarrollo, Informe conjunto del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, la Secretaría de la UNCTAD y la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, ONU, Nueva York, 1975.