

ECONOMÍA Y PROPIEDAD INTELECTUAL. EL CASO DEL TLC CON ESTADOS UNIDOS

JOSÉ MANUEL ÁLVAREZ ZÁRATE*

El tema economía y propiedad intelectual contiene elementos de mercado, desarrollo pero también jurídicos. Desde esa óptica quines abordan el tema, no siempre se fijan en esa dualidad. En este ámbito que estamos estudiando hoy, finalizadas las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, donde junto con Ecuador y Perú, es necesario hacer unas reflexiones previas para no perder de vista el espacio donde nos movemos, para aclarar que el aporte jurídico ha sido mínimo, pero el de la política económica del interés de Estados Unidos ha sido grande.

Desde el punto de vista económico, la propiedad intelectual como está estructurada en los acuerdos comerciales, será eso, un asunto de carácter comercial, de gran importancia económica para quines lo negocian. De esta forma es claro que lo negociado en el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, será un factor clave para la economía nacional y el desarrollo futuro de Colombia.

Las vinculaciones jurídicas se han traducido en la forma del alcance de las obligaciones y compromisos asumidos por las partes, las que quedarán a los operadores jurídicos para que luego las apliquen, y hasta ahí va la función del abogado, quien ha ayudado a construir la ficción de la propiedad o derechos inmateriales negociados.

Vistas las cosas así, entonces ¿cuáles son los vínculos o relación entre propiedad intelectual y economía?

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, una aproximación la encontramos en el espacio de las interpretaciones jurídicas en función del modelo económico previsto en la norma de propiedad intelectual, es decir, que una vez expedida la norma o pactado el tratado –norma viva– el operador jurídico usa como material para la interpretación (puede ser el fallo), el texto jurídico que

* Abogado Universidad Externado de Colombia, Editor *Revista Con-Texto de Derecho y Economía*. Profesor de Derecho Económico Internacional. Conferencia presentada en el II Congreso Nacional La Propiedad Intelectual y su impacto económico. Universidad Externado de Colombia. Noviembre 24 y 25 de 2005 [jmalvarez@etb.net.co].

reconoce la exclusividad o propiedad y la interpretación económica del mismo, algo que nuestros jueces están lejos de pensar siquiera.

Por otro lado, desde el punto de vista del derecho al desarrollo, estamos frente a unos derechos previos o superiores al derecho de propiedad que se quiere regular, los que si se respetan, deben contener los equilibrios debidos entre protección para incentivar la investigación y desarrollo, el derecho al desarrollo económico, y los derechos sociales vinculados.

Desde el punto de vista del derecho del comercio internacional, que desde la creación del GATT tiene como objetivo la liberalización progresiva del comercio a través de la eliminación de los obstáculos que impiden su real liberación, es necesario detenerse a examinar si los derechos de propiedad que se incorporan, son en realidad temas de comercio que deban ser negociados bajo metodología comercial, o más bien, si estamos frente a un tema que envuelve un concepto y resultado contrario: Mediante la suscripción de acuerdos sobre propiedad intelectual, la imposición de barreras al comercio por cuanto se logra instaurar a través de ficciones jurídicas monopólicas que limitan el comercio y el desarrollo. Lo que se observa en estos tratados, es que se imponen las cargas a la sociedad y los estados de soportar monopolios, pero no sus remedios para que no se abuse, lo cual impone barreras al desarrollo y al comercio.

Cuando se lanzó la ronda Uruguay del GATT en 1986 uno de los temas cruciales era si finalmente se daría la multilateralización de la propiedad intelectual desde el punto de vista de comercio. Se entendía la propiedad intelectual simplemente como unos derechos de propiedad que estaban y que debía ser discutidos en un ámbito especial, en la OMPI, básicamente y que no tenían que ver con el comercio. Estados Unidos, Japón y Suiza lograron incluir el tema en las negociaciones comerciales, para lo cual crearon una teoría que señalaba que efectivamente la propiedad intelectual hacía parte del comercio.

Sabiendo hoy en día que la propiedad intelectual tiene un efecto directo en el desarrollo de los países menos desarrollados ¿por qué se están generando mayores derechos monopólicos que los concedidos en ADPIC sobre el uso de una cantidad de instrumentos intangibles o de bienes intangibles necesarios para el desarrollo? instrumentos por ejemplo que tienen que ver con el conocimiento, con las innovaciones, con las ideas, con un diseño, con una marca. Una de las consecuencias será no poder acceder a ciertos recursos, implicará continuar en subdesarrollo para países como Colombia, lo cual es muy grave, y es más grave por supuesto, si en un tratado de libre comercio como el negociado no logramos incluir las salvaguardias pertinentes que permitan a nuestros países usar sus instrumentos de política pública para lograr objetivos concretos, por ejemplo, el bienestar social, la alimentación, la salud pública sin necesidad de compensar exageradamente. El conocimiento tiene un valor, se debe pagar por el mismo, pero no de forma exagerada. ¿dónde queda entonces la función social de la propiedad reconocida en la Constitución del 91 en estos pactos de propiedad intelectual?

Entonces desde la óptica de los tratados de comercio ¿qué tenemos?, por un lado comercio de bienes y servicio, donde ese comercio implica el libres acceso de esos bienes y servicios a los mercados nacionales de los países que pactan el acuerdo, liberalización de los mercados, de eso se trata la OMC, el GATT desde 1947 como ya dijimos, y de eso en teoría se trataría un tratado de libre comercio con cualquier país, en este caso con Estados Unidos. Que exista un libre intercambio y acceso a bienes y servicios.

En este marco comercial, desde el ámbito de la propiedad intelectual, la pregunta tiene que ver con ¿el acceso a qué? y ¿cuál es el intercambio que se está planteando en estos capítulos? A lo primero, el acceso a la tecnología de forma generalizada, pero cuando estudiamos la naturaleza de los capítulos de propiedad intelectual, nos encontramos con que estamos en un escenario que indica todo lo contrario, donde cada pacto u obligación que se contrae contiene una forma de limitación al acceso del conocimiento, a la información, a la tecnología.

En conclusión, propiedad intelectual, economía, comercio, tres temas que están ligados donde de comercio libre y justo, los estándares de propiedad intelectual tienen poco, porque llevan justamente a no liberar el comercio ni a mejorar las condiciones económicas de estos países en vías de desarrollo.

Sobre lo pactado, un balance general indica que en el capítulo de propiedad intelectual, en materia de derechos de autor, básicamente casi todas las propuestas de los Estados Unidos prosperaron. En materia de propiedad industrial, Estados Unidos logró sus objetivos al derrotar la posición andina en sus temas sensibles que aparecen en prensa todos los días, que son los que tienen que ver con las patentes, los datos de prueba de los productos agroquímicos y medicamentos, así como los relacionados, como el alargamiento de las patentes, que se le quiere llamar ahora compensación y aquí entramos en temas jurídicos y de lenguaje en donde los abogados son hábiles en llamar una cosa diferente a lo que su naturaleza realmente representa.

Como si fuera poco lo que el país concedió en propiedad intelectual, aparece un tema bastante técnico que no ha sido discutido públicamente, ni siquiera en los ámbitos académicos, es el tema de anulación y menoscabo que está en el capítulo de solución de diferencias, el cual tiene que ver directamente con la propiedad intelectual y la forma como se ejercen los derechos de los titulares de la misma.

¿Qué es la anulación y menoscabo?, la figura de la anulación y menoscabo le otorga la posibilidad a un país para demandar a otro dentro del ámbito de los tratados de libre comercio sin necesidad de que el país demandado haya violado la norma jurídica a la cual se comprometió, es decir, sin necesidad de que ese país haya violado directamente o de manera indirecta la obligación que adquirió. ¿Qué es esto? Dirá uno, ¿cómo van a demandar a un país sin que el país haya incumplido?

Pues para entender la figura debemos remontarnos a la fecha de su nacimiento. Esta figura que ha aparecido en el año 1947 con el nacimiento del GATT, tenía la vocación o tiene la vocación de aplicación para el comercio de bienes, es decir, para su

liberalización efectiva en el caso en que los países impusieran obstáculos al comercio sin incumplir la obligación principal. Como lo que se estaba negociando eran bienes y lo que se estaba negociando era la baja de los aranceles, la libertad del mercado, el ingreso o la posibilidad de ingreso a los mercados de los países que estaban en este acuerdo multilateral, se descubría que a pesar de que se bajaban los aranceles, los países adoptaban políticas internas que no permitían el ingreso efectivo de esos bienes, por ello se creó esta figura para contrarrestar este fenómeno, en donde si bien se cumplía con la obligación de bajar los aranceles, por otro lado veía que no podían ingresar efectivamente los bienes. Se abre así la posibilidad para que los países puedan demandar sin necesidad que exista la infracción directa de la norma.

El artículo 23 del GATT de 1947 que inicialmente consagró la figura, ha sido incorporado en el Tratado de Libre Comercio, pero con varias consecuencias y dudas, dice el artículo 23:

En caso de que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella, directa o indirectamente del presente acuerdo se halle anulada o menoscaba o que el cumplimiento de los objetivos del acuerdo se halle comprometido a consecuencia de...” varios literales el b) es el relevante “que otra parte contratante aplique una medida contraría o no a las disposiciones del presente acuerdo o que exista otra situación.

De esta manera, ¿Cuáles son los elementos? Que el país contratante tenga una ventaja, que la ventaja se halle anulada o menoscabada, es decir, disminuida en su efecto o en el efecto esperado y que se incumpla con algunos de los objetivos generales del acuerdo en materia de bienes y en materia de servicios. Es necesario recordar que uno de los principales objetivos de los acuerdos de comercio es el acceso al mercado, la liberalización creciente y progresiva para los bienes y servicios. Para hacer cumplir con estos objetivos es que la cláusula de la anulación y menoscabo fue implementada desde el año 1947 en el marco del GATT.

En materia de propiedad intelectual tiene un alcance importante que debe ser estudiado con detenimiento. Ahora, ¿cuáles son las controversias que se han planteado? y ¿Cuál el estado del arte de esta cláusula? En materia de propiedad intelectual.

En 1994 cuando nace la Organización Mundial del Comercio, que incluyó el tema de propiedad intelectual en el acuerdo sobre los ADPIC, Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, además de los bienes, se incorpora la cláusula a comercio de servicios y se inician los intentos de incorporar la misma, por la intención expresa de las partes, de tener la posibilidad de contar con ella para la propiedad intelectual. No obstante esas señales claras, en el mismo tratado se pacta una moratoria para su posterior regulación y aplicación, que dice que “Los países se reunirán dentro de los 5 años siguientes a la creación de la OMC para estudiar el asunto negociarlo, y aclararlo para ver si se aplica o no después de 10 años de haberse creado está Organización Mundial de Comercio.

Al cabo de esos 10 años los países Miembros de la OMC aún no se han puesto de acuerdo, pues han existido grandes discrepancias sobre el enfoque y alcance de las obligaciones. En ese proceso varios de los países Miembros han estudiado a profundidad la cláusula y sus consecuencias, dando como resultado que por lo menos el 90% de países han dicho no es conveniente incorporar la cláusula porque no aplica para la propiedad intelectual, pues la naturaleza de las obligaciones que se pactan en un tratado de propiedad intelectual, es diferente a la naturaleza de las obligaciones que se han pactado para el comercio de los bienes y para el comercio de los servicios.

Otro grupo de países, muy pequeño por supuesto, sostiene que no creen que se deba aplicar esta cláusula inmediatamente, pues es necesario entrar a aclarar primero los alcances y significados en asuntos como: ¿qué tipo de ventajas son las que tienen los países en esta materia de la propiedad intelectual? determinar si realmente existen unas ventajas, porque como lo han dicho otros países y nosotros apoyamos esa posición, las obligaciones en materia de propiedad intelectual son diferentes en el marco de un tratado de comercio, entre otras porque si las obligaciones son específicas, se debe preguntar ¿Cuál es la ventaja en cada caso en particular? Bajo esta pregunta, está el ámbito de esa obligación concreta y cualquier violación a ella debe considerarse como una violación a la norma y no sería necesario implementar esta cláusula de anulación y menoscabo.

No obstante, si aclaramos cuáles son las ventajas de un capítulo de propiedad intelectual, entonces nos debemos acercar al ámbito de los objetivos planteados por el capítulo, para poder aplicar esta cláusula. Sobre esta aplicación un grupo muy reducido de países sostienen que la cláusula si se debe aplicar¹, ¿por qué? porque la ventaja esperada o derivada de un derecho de propiedad intelectual es un derecho de naturaleza económica, y es entonces en ese sentido en el que debemos transitar los abogados.

Lo anterior tiene como consecuencia, que cuando existiese una reclamación frente a un país cualquiera –desarrollado o en vías de desarrollo– lo que se buscaría sería una compensación económica, lo cual genera otras dudas de diversa naturaleza, sobre el derecho al desarrollo el Trato Especial y Diferenciado, la forma y monto de la compensación.

Algunas de las preguntas que surgen desde el derecho internacional, es que éste ha sido creado para regular las relaciones entre las naciones, y en ese sentido se pregunta ¿cómo es que se va a determinar una compensación para un país cuando se ha violado un derecho particular? Cuando un país recurre al mecanismo de una patente obligatoria. Cuando se recurre a ese mecanismo, si se está afectando una empresa, un medicamento o dos medicamentos y hay un daño posible para esa

1. Estados Unidos, Japón y Suiza son los tres únicos países del mundo, frente a los 148 restantes, que dicen que si es conveniente y que debe aplicarse tal cual se diseñó para bienes y para servicios.

empresa, ¿cómo vamos a trasladar ese daño, a un daño resarcible para un país? Todavía no está claro el problema y ahora en esta reunión ministerial que arranca en diciembre en Hong Kong, pues algo habrá de definirse en relación con esta cláusula de anulación y menoscabo como se ira a negociar, finalmente para los próximos años.

Por otro lado en el ámbito del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos miremos los antecedentes. Tres tratados previos que ha firmado Estados Unidos, tres tratados bilaterales, CAFTA, Chile, Australia, más otro como el de Singapur, han contenido o contienen la posibilidad de demandar sin infracción, es decir, han aceptado la cláusula de anulación y menoscabo para la propiedad intelectual ¿en qué términos?

Los términos pactados son los más amplios, tal y como Estado Unidos lo propuso en el marco de la OMC, es decir, que se aplique de manera directa sin las restricciones que contiene la redacción inicial del artículo 23 del GATT.

En efecto, en el marco de estos TLC no se exige que sea ventaja resultante para ese país directa o indirectamente, la expresión directa o indirectamente contenida en el marco de la OMC desaparece, lo mismo que la expresión en cumplimiento de uno de los objetivos del acuerdo. Esto significa que el ámbito de aplicación va a ser más directo, además si no se tiene en cuenta los objetivos del acuerdo o del capítulo, en lo que se va a traducir este tipo de demandas contra los países en vías de desarrollo va a ser en reclamaciones de compensación económica. Hoy en día observamos cómo los árbitros internacionales son creativos en su jurisprudencia, lo que nos permite afirmar que hallaran la manera de encontrar ese vínculo perdido entre el derecho del país de naturaleza internacional público, y el derecho del particular vulnerado, serán más creativos y también encontrarán a través de ficciones jurídicas cuál es la ventaja que se ha visto reducida.

¿Cómo funcionaría en la práctica? En el caso de los medicamentos si suben los precios desmedidamente de unos medicamentos, el Ministerio de la Protección en uso de la prerrogativa de declarar la emergencia para curar una enfermedad, solicita la expedición de una licencia obligatoria y licitar para bajar el precio en un 70%. La pérdida alegada por el laboratorio sería tal vez ese margen de reducción. En aplicación de esta cláusula pudieran suceder dos cosas:

Que el país sea demandado o sea presionado mediante el sistema de solución de diferencias². Así la embajada de algún país poderoso le exigirá a nuestro ministerio de salud y nuestro ministerio de comercio que modifique las medidas sobre la patente, argumentando, tal vez, que el país no puede declarar una licencia porque a pesar de encontrarse dentro del sistema la posibilidad de acudir a la patente obligatoria, el

2. El sistema creado en el TLC con Estados Unidos es un pésimo sistema de solución de diferencias, pues en él se está privilegiando la posición política, o más bien la solución política a los problemas, no una solución jurídica como debería ser en este tipo de mecanismos. Es malo porque hemos renunciado a todas las prerrogativas que tenemos en el sistema de solución de diferencias de la OMC y hemos dejado que el arreglo esté manejado por la voluntad de las partes.

país fuerte estaría sufriendo una anulación y un menoscabo de ese derecho sobre la patente, en consecuencia, podrá exigir a Colombia el pago de un valor determinado o que elimine la medida que está tratando de tomar, lo cual en la práctica limitaría la posibilidad de los países de acudir a los balances que se ganaron en el ámbito de la OMC en el ADPIC.

Otro tema muy común también pudiera ser en el caso de que se prohibiera, hacer publicidad de cigarrillos en los Estadios de Fútbol, o en cualquier evento deportivo. Allí se podría alegar que se está anulando o menoscabando un derecho al uso de la marca, de poderlo usar en una publicidad a través del uso de un instrumento jurídicamente válido en estos acuerdos de comercio como es el de proteger la salud de las personas.

Podemos concluir diciendo que esta cláusula como quedó en el acuerdo puede afectar la adopción de políticas públicas que pretendan corregir fallas que inciden negativamente en el bienestar general del sistema.

Economía y propiedad intelectual entonces tendrá que ver con un balance en la adopción de los estándares de protección y los intereses legítimos de desarrollo de los países en vías de desarrollo.

