

“El derecho de propiedad industrial frente a los nuevos caminos emprendidos”

por Salvador Darío Bergel

Desde mediados del siglo pasado el derecho de propiedad industrial ha sufrido significativos cambios que mueve a pensar sobre la actualidad de sus objetivos y motivaciones.

Entre estos cambios cabe señalar:

- a. La primacía del inversor por sobre el inventor.
- b. La tendencia a la mercantilización de sus contenidos.
- c. La introducción de nuevos contenidos que influye significativamente en su estructura.
- d. La erosión de la tecnicidad de las patentes, unida a la pérdida de calidad y al acrecentamiento de su número.

Pasamos a referirnos sucintamente a tales cambios:

a) La primacía del inversor por sobre el inventor:

Durante un largo período la figura central del derecho de patentes fue el inventor. La actividad inventiva se ubicaba mucho más en el ingenio o creatividad para solucionar un problema técnico que en la estructura organizativa de un gran laboratorio.

Hoy asistimos a un cambio trascendente. La inmensa mayoría de las patentes son concedidas a empresas, no sólo por imperio de las normas que regulan las invenciones laborales –que con mínimas diferencias lucen las leyes de diferentes estados- sino también por el hecho complementario que las empresas adquieren las patentes cuando advierten que pueden ser actual o potencialmente rentables.

Es más aún, en biotecnología y específicamente en genómica, existen empresas que se constituyen al solo efecto de investigar y de transferir

los resultados útiles a otras empresas de mayor poder económico que los patentan a su nombre (v. gr. laboratorios farmacéuticos)¹.

Este cambio en los actores centrales tuvo consecuencias que llevaron a alterar las reglas del juego. Las patentes de invención en manos de las empresas constituyen un activo de primer orden que lleva a relacionarlas con la inversión realizada o con las expectativas de rédito que se obtengan conforme a la más elemental lógica mercantil.

El inventor clásico solicitaba y obtenía la patente en base a una invención patentable con la concreta finalidad de explotarla por sí o de transferir sus derechos patrimoniales a un tercero con mayor poder económico que se encontrara en condiciones de hacerlo, pero lo que primaba era la explotación y la renta se vinculaba a ella.

En el nuevo escenario las patentes en manos de grandes empresas pueden constituir una poderosa arma para impedir o bloquear la competencia. No importa a estos fines que sea explotada o que lo pueda ser en el futuro².

La aceleración del ritmo de la innovación a partir de fines del siglo XIX destaca el rol ofensivo de las patentes dirigido a la construcción de barreras a la entrada, difíciles de franquear a los concurrentes particulares. Una barrera concurrencial puede ser definida como el resultado de una estrategia tendiente a restringir el ingreso de potenciales concurrentes al mercado de la innovación³.

¹ Franceschi, M.: Droit et marchandisation de la connaissance sur les gens humains, Edit. CNRS, Paris 2004, p. 169.

² Las patentes son frecuentemente utilizadas para requerir pagos extorsivos por parte de los “cazadores de patentes” (patents trolls). Los cazadores de patentes son empresas cuya actividad consiste en adquirir patentes, buscar infractores que explotan una actividad eventualmente “infractora” y amenazarlos con demandas judiciales para negociar acuerdos “amigables”. El “cazador” no crea ninguna actividad industrial propia y no explota patentes, lo que refuerza notablemente su poder de intimidación puesto que en ningún caso podrá ser acusado de infractor, ya que el simple hecho de detentar una patente no puede constituir un acto de infracción (Remiche, B. – Cassier, V.: Droit Des Brevets D'Invention, edit. Larcier, Bruselas 2010, pág. 33)

³ Laperche, B. (coord.): Propriété intellectuelle et innovation, Edit. L'harmattan, Paris 2001, p. 97.

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 1

De hecho, en los sectores de punta, un pequeño número de empresas dominantes detenta una porción importante de las patentes concedidas.

Las grandes empresas buscan proteger lo más posible su potencial innovador construido de informaciones, de *savoir faire*, de técnicas y de mercancías. Crean para ello “portafolios de protección” que asocian a los derechos de propiedad industrial otras formas de protección tales como el secreto y sobre todo la difusión de reglas técnicas para anticiparse a la aparición de nuevas mercaderías⁴.

La acumulación de patentes alrededor de una misma materia, que en su gran mayoría no representan auténticas invenciones sino simples desarrollos carentes de los requisitos más elementales de patentabilidad, contribuye a crear una nueva y poderosa arma anticompetitiva. La simple posibilidad de que una empresa multinacional o un grupo económico de gran poder en el mercado amenacen con promover acciones judiciales –cuyo costo en muchos países es exorbitante- es suficiente para disuadir a eventuales competidores de acceder al mercado.

En la concurrencia mundial donde hoy día la fuerza de cada concurrente depende de la producción y comercialización de bienes cada vez más sofisticados, la propiedad industrial y la patente adquieren el estatuto de armas de punta⁵.

Por otra parte, la tendencia de las oficinas de patentes a facilitar cada vez más la patentabilidad, haciendo del examen previo de la solicitud una simple formalidad, ha llevado progresivamente a posibilitar la patentabilidad de meros conocimientos y de aportes de ciencia básica⁶. De esta forma –apunta

⁴ Laperche, B.: op. cit., p. 18.

⁵ Laperche, B.: op. cit., p. 14.

⁶ Referido a esta tendencia se ha señalado que es necesario que los estados cesen de considerar a las oficinas de patentes como máquinas de generación de caja para sus presupuestos y que reconduzcan a la OEP a su misión de base que es la de examinar las demandas de patentes y escoger estricta y eficazmente aquellas que merecen el derecho exclusivo de patentes y de excluir a las que no lo merecen. Rechazar una demanda de patente sobre una invención que no merece protección es necesario en el ejercicio de la misión

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 1

Laperche- si los conocimientos son protegidos por un título de propiedad ellos devendrán más costosos y las empresas no estarán en un pie de igualdad para acceder a ellos. El stock de conocimientos disponibles para innovar podría reducirse y frenar el progreso técnico⁷.

En esta misma línea Franceschi –desde la visión científica- señala que la introducción masiva de la patente en el circuito de producción del conocimiento constituye una traba a la difusión del conocimiento y favorece comportamientos de retención de la información⁸.

Así, podemos observar que la patente se aleja progresivamente de su función primigenia de servir al progreso técnico y científico, para convertirse en una poderosa arma para alejar competidores actuales o potenciales en ramas íntegras de la producción.

Esta visión mercantilista, únicamente dirigida por la acumulación de rentas, no sólo afecta al derecho de patentes sino a la difusión del conocimiento. Agudamente observan Coriat y Orsi que la transformación del conocimiento en mercancía (bajo la forma de propiedad industrial, comercializable y garante de rentas futuras) ha creado las condiciones adecuadas para permitir la entrada del capital financiero en la producción del conocimiento.

En el fondo –enseña Gaudrat- la patente es una mercancía más. Nos encontramos en la lógica de la inversión. En este panorama no es difícil comprender por qué la propiedad industrial está en el centro de las negociaciones de la OMC y por qué ejerce tanta presión –llegando a límites de intimidación- sobre los organismos internacionales y sobre los estados para

conferida por la sociedad a la Oficina, que es la de otorgar una patente sobre una invención que lo merece (Sueur, T. – Cambean, J.: Un monumento en péril: le system des brevets en Europe, en: Frison Roche, M. – Abello, A.: Drouit et economie de la propriete intellectuelle, L.G.D.J. Paris 2005, pág. 117). En igual dirección se ha anotado que el primer punto de las diferencias anotadas en el funcionamiento de la USTPO es una propensión excesiva a responder positivamente a las solicitudes de patentes. Como lo reseña su dirección “nuestra primera misión es ayudar a nuestros clientes a obtener las patentes que solicitan”.

⁷ Laperche, B.: op. cit., p. 18.

⁸ Franceschi, M.: op. cit., p. 169.

perseguir la generalización de una propiedad incorporeal (no se puede decir más intelectual) atribuible a los inversores⁹.

La evolución a la que asistimos –observa el autor- muestra la mercantilización y un derecho de patentes con tres notas esenciales: la permanente ampliación del campo de aplicación de las patentes lleva a incorporar no sólo sectores de la vida social, sino la vida misma; el refuerzo de los derechos (consagración del derecho a la simple explotación comercial, duración...); y la disminución de las obligaciones (la superación de la obligación de explotarla industrialmente refuerza en forma considerable el valor de la “mercancía” patente).

En conclusión, el cambio del centro de interés pasa del “hombre inventor” a la “empresa inversora”.

b) La tendencia a la mercantilización de sus contenidos:

Tradicionalmente la patente de invención se asentó en la existencia de un acuerdo tácito entre el inventor y la sociedad, pacto que partía de considerar una circunstancia verificable: quien realiza una invención patentable puede optar por mantenerla en secreto, explotándola en su beneficio, o simplemente no explotándola; o por el contrario puede revelarla a la sociedad.

En este último supuesto el inventor goza de un doble beneficio: reivindicar un derecho de exclusiva por el término de vigencia de la patente, que le permitirá realizar diversos negocios jurídicos con los consiguientes réditos económicos y paralelamente puede evitar que eventuales competidores la exploten, teniendo a su alcance acciones civiles y penales que lo protegen.

Por este acuerdo la sociedad se vería beneficiada con la utilización del producto o del procedimiento patentado y con la consiguiente incorporación del aporte técnico al acervo general de los conocimientos, lo que –se supone- incitará a otros a realizar con base en el mismo, diversos aportes.

⁹ Gaudrat, P.: Marchandisation, en: Vivant, M. (dir): Propriété intellectuelle et mondialisation, cit., p. 33.

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 1

Paralelamente el sistema de patentes fue concebido como un estímulo a la concurrencia. En esta dirección apunta Ghidini que el *trade-of* entre inventores y el Estado del que deriva el hecho que la exclusiva sea concedida a cambio de una plena divulgación de la invención activa ulteriores y específicas dinámicas concurrenciales; agregando que el sistema de patentes conlleva una objetiva propulsión pro-competitiva en el sentido específico de conceder una tutela a la innovación con el fin de estimular “difusamente” la innovación sucesiva¹⁰.

En este esquema que primó durante un largo período de tiempo la patente definía lo que estaba comprendido en sus límites y por contraste lo que quedaba excluido. Siendo un derecho de excepción que confiere a su titular un monopolio temporal, importa al mismo tiempo una restricción al comercio y a la industria, que necesariamente debe ser limitada¹¹.

Esta restricción está organizada por el derecho para servir a un interés social superior (favorecer el progreso técnico y la innovación). De no existir tal interés social carecería de causa la exclusividad temporal dada al titular. Es demasiado lo que esto importa para que sea “obsequiado” sin contrapartida atendible.

Para dotarlo de la necesaria legitimidad este derecho de exclusiva está llamado a limitarse al aporte realmente efectuado por la invención al progreso técnico, lo que lleva a no invadir esferas de libertad¹².

He aquí descrito un cuadro razonable en el que se desarrolló el derecho de propiedad industrial durante un largo período de tiempo. Hoy

¹⁰ Ghidini, G.: Aspectos actuales del derecho industrial – propiedad industrial y competencia, Edit. Comares, Granada 1993, p. 37.

¹¹ La extensión de los derechos conferidos por una patente debe ser bien ajustada a los resultados obtenidos por el inventor; el respeto a este principio (que lleva a afirmar que no se pueden acordar derechos sobre lo que no se ha inventado) es esencial para evitar privatizar anticipadamente el conocimiento, reservando a un solo beneficiario el progreso de los conocimientos que aún no se han obtenido (Henry, C.: *Developement durable et propriété intellectuelle*, en: Frison Roche, M.A. – Abello, M.: op. cit., p. 228.

¹² Berlan, J.P.: La directive européenne 98/44 de brevetabilité des inventions biotechnologiques, en: Vivant, M. (dir): *Propriété intellectuelle et mondialisation*, Dallioz, Paris 2000, p. 142.

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 1

asistimos a grandes cambios en los fundamentos y fines, que desdibujan profundamente el clima descrito y que se asientan en abusos y distorsiones que obedecen a múltiples causas.

El inventor individual fue reemplazado por los grandes laboratorios de las empresas industriales, lo que caracteriza a la ciencia y a la técnica contemporáneas. Este hecho en sí no es negativo, por cuanto expresa el acondicionamiento a los nuevos requerimientos de los tiempos.

Lo malo es que a su influjo se acentuó la mercantilización de la propiedad industrial y paralelamente la finalidad de una sana competencia se va transformando en el deseo de monopolizar el saber y los conocimientos.

El saber deviene en mercancía transable y en consecuencia el compartirlo es un escollo para los fines perseguidos por la empresa, que se aparta peligrosamente de lo que caracterizó originariamente a la propiedad industrial.

Jean Pierre Berlan sintetiza así esta nueva situación: la patente de los liberales históricos es la de la competencia; la patente neoliberal actual es la del monopolio. En el mundo cartelizado actual, la patente ha devenido en anacrónica¹³.

Al cambiar los fines y fundamentos del derecho de propiedad industrial la patente se convierte en una poderosa arma anti-competencial. Ya no interesa explotarla o no; lo que interesa es maximizar los beneficios que derivan de ella y si para tal fin es necesario solicitar y obtener cientos de patentes alrededor de un “invento”, para mantenerlas guardadas y poder de esta forma desalentar o perseguir a la competencia, ello es permitido sin sanción alguna.

El campo de lo patentable se hipertrofia a límites lindantes con el absurdo (patentes de seres vivos, de información genética, de planes de negocios, de métodos comerciales, etc.) y se trata asimismo de mantenerlas vigentes más allá de los plazos legales con diversos subterfugos.

¹³ Berlan, J.P.: op. cit., p. 145.

Es que hemos entrado en otra galaxia. Definitivamente el inventor ha sido reemplazado por el inversor y son otros los principios que pueden contribuir a fundamentar su derecho.

Y esto no sólo en el plano interno de las naciones. Los grandes cambios operados en el sistema a nivel internacional –en especial el Acuerdo de los ADPIC- obedecen a similares fundamentos.

Fueron los lobbys internos los que empujaron a insertar la propiedad industrial en la esfera del comercio y a regularla conforme a sus particulares intereses.

c) La introducción de nuevos contenidos lo que influye significativamente en su estructura:

A partir de la segunda mitad del siglo pasado se pudo advertir la incorporación de nuevas materias al derecho de patentes, incorporaciones que no sólo acrecentaron el campo de los derechos de la propiedad industrial, sino que por su propia naturaleza presentaron a la disciplina un cúmulo de problemas aún no resueltos.

Entre estos “aportes” de los nuevos tiempos tenemos la biotecnología, el software, la genómica, los planes financieros y de negocios, etc.

La biotecnología si bien existía con anterioridad en el campo de las patentes, a partir de la década de los setenta del siglo pasado adquirió una relevancia decisiva en el campo económico en base a las investigaciones realizadas (incorporación de la técnica del ADN recombinante a la industria farmacéutica y al mundo vegetal).

Tempranamente se advirtió que las reglas y los principios con que se manejara hasta ese entonces el derecho de la propiedad industrial no se adaptaban a la protección reclamada en estos campos¹⁴.

¹⁴ La biotecnología puede conducir a una hipertrofia de patentes que ocasionen la ineficacia o la susceptibilidad de aplicaciones arbitrarias del mismo derecho de patentes, lo que conduce a la necesidad de instalar un debate más abierto sobre este controvertido tema (Tallacchini, M.C.:

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 1

La Directiva Europea 98/44/C sobre protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas, pese a que proclama la vigencia de los principios ya existentes en la materia, está lejos de solucionar los problemas que plantea (v. gr. descripción del invento, extensión y agotamiento de los derechos, protección de microorganismos per se, etc.). No obstante, era imperativa la búsqueda de una protección adecuada a la industria en ciernes. Las soluciones adoptadas por la Directiva están lejos de solucionar las diferencias sustanciales existentes entre el mundo tradicional de las patentes y el mundo vivo¹⁵.

Un claro ejemplo de la inadecuación y de la arbitrariedad de las soluciones adoptadas para responder a los requerimientos de la industria lo da el artículo 9 de la Directiva en cuanto establece que la protección conferida por una patente a un producto que contenga información genética o que consista en información genética, se extenderá a toda materia en la que se incorpore el producto y en la que se contenga y ejerza su función en la información genética.

En este campo es donde se muestra con más claridad la ruptura de las barreras que siempre existieron entre invento y descubrimiento¹⁶.

El ámbito de la patentabilidad se extendió a los seres vivos y a los hallazgos de ciencia básica, sin fundamento alguno¹⁷. En materia de variedades vegetales la presión de los sectores interesados empuja hacia su

DECONOMI

Umbral de bioartificialidad: las oscilaciones de la patentabilidad genética, en: Revista de Derecho y Genoma Humano, N° 18, 2003, p. 115. En igual dirección, Hermitte señala que si bien la patente ha avalado nuevas ramas industriales (química, farmacéutica, biotecnología) está lejos de haber digerido las condiciones de patentabilidad pensadas para las tecnologías como la hidráulica y la mecánica: son singularmente inadaptadas para las nuevas tecnologías (Edelman, B. – Hermitte, M.A.: L'homme, la nature et le droit, Edit. Burgeois, Paris 1998, p. 97).

¹⁵ Leonini, F. observó que la aplicación de los principios de la disciplina de las patentes a las innovaciones biotecnológicas, un sector completamente nuevo y diferente, ha determinado la existencia de dudas en cuanto a lo que puede ser patentado y a la subsistencia de los requisitos de patentabilidad, en Vanzetti, A.: I nuovi brevetti, Giuffrè, Milán 1945, p. 48.

¹⁶ Clavier, J.P.: Les catégories de la propriété intellectuelle à la épreuve des créations génétiques, L'harmattan, Paris 1998, p. 14 y ss.

¹⁷ Franceschi, M.: op. cit., p. 151.

patentabilidad dejando de lado la regulación específica de los derechos del obtentor, o reduciéndolos a su mínima expresión¹⁸.

El software constituye de por sí un problema en el que se han ensayado diversos caminos, sin hallar soluciones satisfactorias –tal como lo referimos más adelante.

De la mano de la biotecnología fundamentalmente ingresaron al campo de la patentabilidad importantes sectores de la ciencia básica. Es que la nueva economía, aquella que pone en funcionamiento las nuevas tecnologías, funciona sobre la apropiación no sólo de la técnica, sino también de la ciencia; así, el asiento de la “renta tecnológica” que servirá para financiar las investigaciones futuras se verá considerablemente extendida¹⁹.

Si bien reviste una importancia económica indiscutible, la aplicación lisa y llana del derecho de patentes a la biotecnología conlleva problemas derivados de su propia naturaleza que no son fácilmente asimilables.

Por último, los métodos de negocios, financieros, etc. pugnan por ingresar al derecho de la propiedad industrial. En Estados Unidos y en Europa algunos intentos han fructificado (v. gr. métodos de negocios para administrar fondos de pensión –*State Street*, *oneclick patent* de Amazon-, etc.)

Esta evolución reciente nos anuncia que la patente se ha convertido en el instrumento preferido para adquirir derechos de propiedad industrial. Todo lo que carece de real ubicación en este campo y desea ser protegido puntualmente va ingresando a su territorio; llegándose al límite que la protección por patente constituye el principio general aplicable a todo lo que requiere proteger la industria; esto carece de toda razonabilidad y sustento. En un caso reciente en el que se discutió la patentabilidad de genes humanos en el gobierno de los Estados Unidos a través del Departamento de Justicia, se presentó al proceso como *amicus curiae* y señaló algo que debería ser tomado muy en cuenta por todos quienes de una forma u otra se vinculan con la

¹⁸ Bergel, S.D.: La patentabilidad de los seres vivos, en La Ley 2010-B-1053.

¹⁹ Franceschi, M.: op. cit., p. 151.

materia: “las leyes de patentes no sólo determinan lo que está protegido, sino lo que es gratis para uso de todos”²⁰.

d) La erosión de la tecnicidad de las patentes, unidas a la pérdida de calidad y al acrecentamiento de su número:

Una de las características más destacadas de la reciente evolución de la propiedad industrial es la progresiva pérdida del carácter técnico de las invenciones patentables.

Mencionado o no en las leyes de patentes, el carácter técnico de la invención constituía un principio indiscutible. Las patentes sólo se otorgaban para las invenciones caracterizadas por su tecnicidad. Era la nota distintiva respecto de otras creaciones que podían ser protegidas pero que entraban en otras ramas de los derechos intelectuales (v. gr. creaciones del espíritu)²¹.

El advenimiento de otros componentes en el campo de la propiedad industrial –a los que nos hemos referido– empujó decisivamente al abandono del carácter técnico en las invenciones patentables; campo al que ingresaron descubrimientos, aportes de ciencia básica, y en algunos casos hasta leyes naturales.

En biotecnología y en genómica, al admitirse la patentabilidad de seres vivos o de información genética, la pérdida del carácter técnico está

²⁰ Caso Miryad Genetics Inc.

²¹ El progreso técnico constituye una cadena plurisecular que viene enriqueciendo el patrimonio general, más preciso para nuestra riqueza que los mismos bienes ofrecidos por la naturaleza, que sin la técnica no sabríamos utilizar para nuestras necesidades (a no ser en medida mucho menos importante). El patrimonio de estas nociones técnicas es el instrumento fundamental de nuestro bienestar; su incremento es el que ha determinado el tránsito a una civilización industrial; de su dominio derivan las riquezas de los pueblos y de las naciones. Por ello es esencial promover el desarrollo técnico y asegurar al mismo tiempo, que las nuevas aportaciones que lleguen a realizarse pasen a formar parte del patrimonio común, pudiendo ser utilizadas por todos. Tal es, precisamente, la finalidad de la legislación sobre los inventos industriales y tal es el criterio en el que debe inspirarse su valoración para evitar degeneraciones que puedan resultar excesivamente peligrosas (Ascarelli, T.: De la competencia y de los bienes inmateriales, Edit. Bosch, Barcelona 1970, pág. 492.).

indisolublemente unida al desconocimiento de la sustancial diferencia entre invento y descubrimiento. Simples descubrimientos son tomados en consideración para conceder patentes de invención (v. gr. genes y secuencias de genes, polimorfismos de una sola base, proteínas, células madre, etc.)²².

En el campo de la informática se permitió la patentabilidad de simples algoritmos o de aportes carentes de creatividad técnica.

Por último la incorporación de planes financieros o de negocios da su aporte para el abandono de la tecnicidad como dato central de la invención patentable²³.

La referida pérdida del carácter técnico de las patentes lleva a ensanchar su esfera de acción ingresando en forma subrepticia la patente de invención a esferas que jamás se hubieran admitido en el campo del conocimiento y de la investigación científica; lo que ha creado numerosos conflictos.

Existen dos tendencias que caracterizan a esta etapa en el campo de las patentes de invención y que parecieran actuar de consuno: la notable pérdida de calidad en cuanto a la descripción y reivindicaciones, y el inusitado crecimiento del número de patentes solicitadas y concedidas.

Demás está señalar que la patente de invención como título justificativo de la concesión de derechos de exclusiva debe ser precisa en la delimitación y descripción de lo que constituye el objeto de la invención, ya que

²² Bergel, S.D.: Las patentes biotecnológicas y el sistema general de la propiedad industrial, en LL Año LXXIII, N° 208, Noviembre 2009.

²³ Tempranamente advirtió Ascarelli que el concepto de invento se coordina con la justificación de la tutela, tutela que concierne al progreso técnico y, con ello, al disfrute de las fuerzas de la naturaleza para obtener un resultado capaz de incrementar nuestra riqueza, de satisfacer nuestras necesidades económicas. Ante todo, pues, será preciso que se trate de un resultado dirigido al aprovechamiento de las fuerzas de la naturaleza, dominándolas; dominando como se ha observado acertadamente su relación causal. Con esto, sin más, se aclara lo que viene llamándose la materialidad del invento, es decir su referencia a la utilización de las actividades humanas sobre las fuerzas de la naturaleza, sobre el mundo físico, haciendo por tanto alusión a resultados materiales (si este adjetivo, realmente, sólo puede referirse con propiedad al resultado, no al invento como tal), op. cit., p. 494.

de otra forma se pueden afectar, sin razón alguna, derechos de terceros a la libre concurrencia, principio central que caracteriza a las economías de mercado.

Durante un largo período de tiempo estos criterios fueron observados sin mayores problemas, lo que permitió a las oficinas de patentes cumplir adecuadamente con el examen previo y conceder patentes para reales invenciones patentables. Hoy, el deseo casi irrefrenable de patentar “cualquier cosa bajo el sol” con el objeto de acceder a las ventajas que otorga el título (las nacidas de su función normal o las originadas en su utilización espuria) llevaron a que las patentes experimentaran una gran erosión en su calidad.

Cabe observar como característica destacable de estos tiempos que las patentes son sumamente extensas tanto en la descripción de la invención como en la redacción y el número de reivindicaciones.

Sobre este particular, Vivant observa que las descripciones extensas y complejas producen el efecto que no pueden ser objeto de un examen serio en la instancia administrativa. La OEP –señala- es consciente del problema que presentan las “solicitudes complejas” siendo consideradas como tales por ejemplo las que contienen un número elevado de reivindicaciones o que portan una reivindicación que define numerosas posibilidades, así como las solicitudes que definen la invención en función del resultado esperado o por parámetros oscuros. No sólo las solicitudes son difíciles de instruir –señala la OEP- sino que están frecuentemente en conflicto con las disposiciones fundamentales de la CPE o del PCT careciendo entre otras irregularidades de claridad, concisión, fundamento y exposición del invento²⁴.

A propósito de esto se ha señalado que contienen una proliferación de informaciones técnicas que fabrica “un estado de la técnica de papel”. Como lo refiere Scheuchzer, ha sido asimilada a la técnica del agente secreto, según la cual no se está nunca bien escondido, salvo en medio de la muchedumbre.

Las fábricas de inventos en que devinieron los departamentos técnicos de las grandes empresas se complacen en multiplicar las

²⁴ Vivant, M.: Proteger les inventions de domain, Edit. La documentation française, Paris 2003, p. 120.

características técnicas, de las cuales sólo una ínfima parte será explotada industrialmente y esa “técnica de papel” teóricamente revelada quedará –a decir verdad- en secreto o de hecho desconocida²⁵.

Correa también se hizo eco de la excesiva e inútil extensión de las solicitudes presentadas observando que en el año 2000 la OMPI detectó 30 solicitudes de más de mil páginas de extensión cada una²⁶.

En materia de biotecnología, el tema llegó a límites intolerables.

Un informe de la OCDE señala que la creciente corriente de patentes biotecnológicas ha generado preocupación por haberse otorgado con demasiada facilidad y amplitud. Demasiadas patentes que cubren amplio terreno –agrega- no sólo perjudican la competencia, sino que también reducen la innovación y que toda investigación posterior se tornará más riesgosa, más difícil y más cara²⁷.

En genómica podemos observar similares comportamientos. En 1990 se depositaron cerca de cinco mil solicitudes de patentes de genes y secuencias de genes en los Estados Unidos; en 1997 cerca de veinticinco mil; y en 2001 cerca de cincuenta mil. Sólo Human Genetics Science (HGS), una empresa del ramo, reivindicó cerca de 7,500 genes; y otra –Incyte- cerca de 6,500.²⁸

Ya en 1998 Heller y Eisenberg advirtieron acerca del crecimiento de las solicitudes en genómica que generaba la existencia de derechos privados superpuestos sobre genes y secuencias genéticas. Esta multiplicación de propietarios sobre la investigación genómica –señalaban- tornaba difícil el

²⁵ Vivant, M.: Proteger les inventions de domain, cit., p. 120.

²⁶ Correa, C.: Les plans d'action dans le domain des brevets, en Remiche, B. (dir): Brevets, innovation et interet general, Edit. Larcier, Bruselas 2007, pág. 77.

²⁷ OCDE: Patents and innovation. Trends and policy changes, Paris 2004, p. 15.

²⁸ Cassier, M.: Brevets et éthique: les controverses sur la brevetabilité des gens humains, en: Revue Française des affaires sociales, Año 2, N° 3, p. 238.

abordaje de los derechos de propiedad necesarios para desarrollar investigaciones²⁹.

El problema central de las “malas patentes” –acota Correa- es que son susceptibles de subsistir y bloquear la innovación si el mercado es muy estrecho y los recursos de los potenciales adversarios son limitados para poder promover las acciones legales. El número creciente de demandas de solicitudes es facilitado por los nuevos procedimientos con demandas depositadas por medio de tecnología electrónica. La investigación de la anterioridad en estas circunstancias se circunscribe a los documentos procedentes de patentes. El estudio del “arte anterior previo” es por consiguiente fragmentario e incompleto. Esto explica por qué existe una proliferación de patentes sobre desarrollos técnicos de naturaleza insignificante. Así en el campo farmacéutico por ejemplo, una serie de patentes secundarias (sobre sales, polímeros, isómeros, formulaciones, formas de suministro, etc.) son generalmente depositadas y obtenidas con el fin de retardar la entrada de la concurrencia genérica o de acrecentar su posición de negociación frente a otra empresa³⁰.

Conclusiones

La evolución reciente del derecho de la propiedad industrial muestra profundas transformaciones que no solo pueden imputarse a razones vinculadas con la evolución histórica de las bases sobre las que se acentó, sino también a una complejidad de factores que hoy apuntan a sus postulados básicos.

La economía de nuestros días tiene una base de sustento que descansa preponderantemente en la propiedad inmaterial. El dominio sobre los bienes inmateriales (patentes, marcas, etc.) asegura una mayor preponderancia de los mercados y esto no puede ser negado por el derecho.

²⁹ Heller, M. – Eisenberg, R.: Can patents deter-innovation, en: Science, Vol. 280-I, 1998, p. 698.

³⁰ Correa, C.: Les plans d’action dans le domain des brevets..., cit. , pág. 79.

DECONOMI

AÑO I – NÚMERO 1

Por otra parte las patentes han dejado de lado la necesidad de su explotación en el país que la otorga, para convertirse en un activo negociable más allá de su efectiva utilización.

Los recientes acuerdos y tratados internacionales suscriptos por la gran mayoría de los países han conducido a la propiedad industrial, que primitivamente justifico un derecho local, a un derecho que cada vez se inclina a un perfil preponderantemente internacional, terreno en el cual convergen factores económicos ajenos a los propios de la disciplina.

La incorporación de nuevas ramas que juegan un papel decisivo en la materia, muestra un nuevo panorama que alejado de la visión clásica del derecho de la propiedad industrial, exige nuevos enfoques doctrinarios.



DECONOMI