



LA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE TECNOLOGÍA

Aproximación al estudio de sus problemas jurídicos fundamentales

Rodrigo RECONDO PORRUA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. Concepto y aspectos de la tecnología. II. Los mecanismos de transferencia. 1. Aspectos generales. 2. La inversión extranjera directa. 3. La contratación específica. III. Intereses en presencia y normas reguladoras en la transferencia internacional de tecnología. PARTE I. LA INCIDENCIA DE LOS MECANISMOS DE TRANSFERENCIA EN LOS ESTADOS RECEPTORES. *Sección 1.ª Obstáculos e inconvenientes de la adquisición derivativa de tecnología.* 1. Aspectos generales. 2. Los desequilibrios financieros. 3. La falta de adecuación a los factores internos. 4. La caducidad de la tecnología importada. 5. La ausencia de infraestructura científica y la «transferencia inversa de tecnología». *Sección 2.ª Los mecanismos de transferencia y las prácticas restrictivas de la competencia.* 1. Aspectos generales. 2. Prácticas restrictivas relacionadas con las actividades de las empresas multinacionales. 3. Prácticas restrictivas relacionadas con las patentes y el know-how. *Sección 3.ª. Los problemas que plantea la inversión extranjera directa en la transferencia internacional de tecnología.* 1. Aspectos generales. 2. La valoración de la tecnología como aportación social. 3. Inversión extranjera y contratación de tecnología. *Sección 4.ª El sistema de patentes y su incidencia en el proceso de adquisición de la tecnología.* 1. Aspectos generales. 2. Patentes y adquisición originaria de la tecnología. 3. Patentes y mecanismos de transferencia. PARTE II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA. *Sección 1.ª La transferencia internacional de tecnología en el marco de la organización internacional de Estados.* 1. El contexto de la acción internacional: particular referencia al sistema de las Naciones Unidas. 2. Breve examen de algunos objetivos: A. El código internacional de conducta para la transferencia internacional de tecnología. B. La ley modelo en materia de inversiones para los países en desarrollo. C. La carta de derechos y deberes económicos de los Estados. *Sección 2.ª El control de las transferencias a escala regional.* 1. El sistema del Pacto Andino. 2. Referencia a los países desarrollados: el sistema europeo-comunitario. *Sección 3.ª La intervención pública de las transferencias en los países en desarrollo.* 1. Las acciones en el sector de la contratación directa: A. Aspectos comunes. B. Aspectos diferenciales. a) Aportaciones de capital tecnológico. b) Régimen de las «empresas vinculadas». 2. Las acciones en el sector de la propiedad industrial. *Sección 4.ª El régimen jurídico español en materia de transferencia internacional de tecnología.* 1. Antecedentes. 2. El régimen vigente: A. Examen de perspectivas. a) El control de cambios. b) La legislación de inversiones extranjeras. c) El régimen especial. B. Valoración de conjunto.

INTRODUCCION

I. CONCEPTO Y ASPECTOS DE LA TECNOLOGÍA.

En estos últimos años, pocas expresiones han venido gozando de mayor popularidad que aquellos ligadas a la tecnología. En los foros internacionales, en las esferas gubernamentales y en los distintos medios económico-financieros e industriales, el progreso tecnológico, la transferencia de tecnología y la revolución tecnológica, han venido insistentemente constituyendo tema siempre actual de discusión y de preocupación constantes. Y es que la problemática relativa al progreso tecnológico y su difusión es amplia y diversa; presenta una pluralidad de facetas y aspectos íntimamente relacionados, que miran e inciden de forma casi simultáneamente sobre distintos sectores de la realidad social, lo que explica el interés que su tratamiento ha suscitado tanto desde el punto de vista económico, como jurídico y también político.

En una perspectiva económica, la tecnología es un factor de crecimiento y de desarrollo, una fuerza productiva directa y, un aprovisionamiento de carácter estratégico, pues «solamente con la posesión de los conocimientos técnicos más modernos y avanzados es posible producir de forma competitiva y tener entrada en los mercados interiores y exteriores»¹. Pero el conocimiento tecnológico es asimismo un bien jurídicamente apropiable y susceptible de transmisión, constituyendo desde este punto de vista una de las manifestaciones más importantes de las relaciones económico-privadas internacionales de nuestros días. En fin, a nadie se le oculta, que en el momento presente los problemas tocantes al desarrollo de los pueblos han adquirido en el terreno político una importancia capital y que la posesión de un nivel tecnológico adecuado se ha revelado como un factor decisivo en orden a la consecuencia del progreso económico y social, hasta el punto de que, habiéndose relegado a un segundo plano a elementos considerados hasta hace no muchos años como necesarios y suficientes, se ha visto en aquél la causa de las diferencias entre los mismos y la explicación en suma, a su actual división en

1. TRIANA, E., *¿Qué es la dependencia tecnológica?*, Barcelona, 1978, pág. 18.

desarrollados y subdesarrollados y en vías de desarrollo². Y es que el patrimonio tecnológico mundial no se halla uniformemente repartido, de suerte que tan sólo unos pocos Estados, los Estados desarrollados, resultan depositarios del mismo; se ha producido así en una época, por otra parte relativamente reciente³, una brecha o desfase tecnológico en la que se ha encontrado el origen de la división señalada y cuyos efectos son de una amplitud bien conocida⁴. El colmar tal brecha, haciéndose con un cierto capital tecnológico, se presenta pues, para esta segunda categoría de Estados, como una alternativa ineludible para superar el desfase y salir del estado de subdesarrollo en que se encuentran. En esta perspectiva, el progreso tecnológico constituye un objetivo prioritario a alcanzar.

Ha de tenerse sin embargo presente que el factor tecnología, no es, simplemente el vehículo que permite traspasar el umbral del desarrollo, sino que también reviste la máxima importancia en los países industrializados donde la innovación constante es una necesidad imperiosa para la moderna empresa que desea crecer a un ritmo adecuado y mantenerse en el mercado. En este sentido, el progreso y el cambio tecnológico constituye asimismo un objetivo permanente, un imperativo industrial⁵.

2. TEITEL, S., «Tecnología, industrialización y dependencia», *El Trimestre Económico*, 1973, págs. 601-25, espec. pág. 603. En realidad, el cálculo del peso que en el crecimiento económico tiene el desarrollo tecnológico, no es tarea fácil de realizar, como lo prueba el hecho del profundo desacuerdo que a este respecto existe entre los especialistas, quienes le atribuyen porcentajes muy distintos de responsabilidad en el fenómeno; *cfr.* a este respecto, ZABALO VIDAURRUZAGA, J. C., «Concepto y función de la tecnología», en el *Seminario sobre adquisición de tecnología extranjera* (organizado por el Instituto de Estudios Bancarios y Bursátiles), Bilbao 1975, págs. 18-26, espec. pág. 23.

3. Señala PATEL, S., «La transferencia de tecnología a los países en desarrollo», *Foro Internacional*, 1972, págs. 11-26, espec. pág. 12, cómo, curiosamente, la tecnología fluía hace apenas unos siglos en sentido contrario al actual, y cómo antes de la revolución industrial, la mayor parte de los países considerados hoy como subdesarrollados, fueron artífices de las innovaciones más relevantes, por lo que el proceso de desarrollo tecnológico ha de ser estudiado en un contexto dinámico.

4. Distingue en este sentido STREETEN, P., *The frontiers of development*, *cit* por VIUDEZ, J., «Costos y beneficios de la inversión extranjera directa en países en desarrollo», *Información Comercial Española*, Marzo 1972, pág. 24, entre *communications gap*, consistente en imperfecciones en la comunicación y transferencia de la tecnología ya existente, y *suitability gap*, debido a la ausencia de tecnología apropiada a las necesidades y recursos de los países en desarrollo.

5. TRIANA, E., *¿Qué es la dependencia...*, *cit.*, págs. 9-14; ENRÍQUEZ DE SALAMANCA, J. y SANTOS SÁNCHEZ, A., «La investigación en la industria privada»

En la alternativa de circunscribir la tecnología a su prístino significado —tratado de conocimientos relativos a la técnica industrial— o de referirla, más ampliamente a factores tan diversos como el volumen de las empresas y mercados, actitud ante la competencia e innovación y desarrollo, sistemas de comunicación para la difusión del saber, etc.⁶, suelen los autores optar por una vía media, aludiendo bajo esta rúbrica, a tres tipos de conocimientos básicos: de producción o técnicos *stricto sensu*, de comercialización y venta (*marketing*) y de gestión y dirección (*management*)⁷.

Desde esta perspectiva, la transferencia de tecnología se ha definido como «la aplicación de conocimientos al conjunto del proceso de producción, desde la fase de investigación hasta la venta del producto»⁸.

Es frecuente sin embargo que, a los efectos, sobre todo, de caracterizar el fenómeno de su transferencia frente a la figura de la *asistencia técnica*, se matice este concepto, introduciendo el requisito de la protección especial de que aquellos conocimientos han de ser objeto, de suerte, que no toda transmisión de conocimientos susceptibles de aplicarse a la actividad productiva, sino

(ponencia presentada en el Seminario sobre incentivos y obstáculos a la transferencia de tecnología, organizado en Alcalá de Henares del 25 al 28 de septiembre de 1972 por la Comisión Económica para Europa), en *Economía Industrial*, n.º 103/1972, págs. 67-78.

6. KAUFMAN, R. H., *La comunidad atlántica. El gap tecnológico entre Europa y América*, Madrid 1971, pág. 16.

7. VICENT CHULIA, F., «Régimen jurídico de la transferencia de tecnología extranjera», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1975, págs. 833-90, espec. pág. 835; TENESSA, A. P., «La transferencia de tecnología», *Revista de Administración Pública*, 1974, págs. 401-27, espec. pág. 403; FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «La inclusión de los derechos de propiedad industrial dentro de la transferencia de tecnología», *Seminario sobre adquisición...*, *cit.*, págs. 137-51, espec. pág. 149.

8. HAWTHORNE, E. P., *Le transfert de technologie*, París 1971, pág. 8; *cfr.* para un concepto analítico, MANSFIELD, E., «International technology transfer: forms, resource, requirements and policies», *American Economic Review*, 1975, págs. 372-76, espec. págs. 372-3. Para COOPER, Ch. y SERCOVITCH, F., *The channels and mechanism for the transfer of technology from developed to developing countries*, mimeo, UNCTAD, TD/B/AC.11/5, pág. 6, la transferencia de tecnología «*convers the transfer of those elements of technical knowlwdg which are normally required in setting up and in operation new production facilities or in extending existing ones and which are characteristically in very short supply (and often totally absent) in the developing countries*». *Cfr.* asimismo JEHL, J., «La notion d'investissement technologique a travers les contrats», en el colectivo dirigido por JUDET, P., KAHN, Ph., KISS, Ch., A., y TOUSCOZ, J., *Transfert de technologie et developpement*, París 1977, págs. 402-33, espec. págs. 406-13.

tan sólo la de aquellos que gozan de la particular protección que confiere una patente o el hecho de permanecer secretos, nos sitúa ante el fenómeno de la transferencia de tecnología propiamente dicha.

En realidad nos encontramos ante dos conceptos o fenómenos fuertemente relacionados; la asistencia técnica⁹, puede incluir, en ocasiones, prestaciones que implican una auténtica transferencia tecnológica, así por ejemplo, cuando la consulta que se formule, el plano que se demanda o la información que se solicita, versa sobre una técnica patentada o secreta; inversamente, la transferencia técnica, en el sentido de que cada día con más frecuencia, ocurre que la correcta explotación o utilización de la patente que se transmite, requiere necesariamente la «asistencia técnica» de su titular, pues la descripción contenida en las memorias de las patentes resultan a veces tan intencionadamente vagas y exiguas, que el llamado «momento tecnológico» resulta imposible de captar y aplicar, sin una inicial o permanente asistencia técnica, que ha de entenderse así, comprendida en el concepto actual de la tecnología¹⁰.

El examen de la realidad jurídico-positiva, nos revela igualmente esta interpretación si no confusión de conceptos y así por ejemplo, el Decreto 2343/1973 de 21 de septiembre¹¹, por el que se regula la transferencia de tecnología en España, menciona como formas que puede adoptar la transferencia de tecnología del extranjero, junto a la cesión de derechos de utilización de patentes y a la transmisión de conocimientos conservados bajo secreto, las servicios de ingeniería, de montaje, de construcción y opera-

9. Por *asistencia técnica*, se entiende en el Código de liberación de las operaciones invisibles corrientes, de la OCDE, «La asistencia relativa a la producción y distribución de bienes y servicios en todos sus grados, suministrada por un período de tiempo fijado en función del objeto particular de esa asistencia, y en la que se incluyen, por ejemplo, consultas o visitas de expertos, preparación de planos o diseños, supervisión de la fabricación, estudios de mercado y formación profesional». Por su parte, ALVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU, F., *Control de cambios. Régimen jurídico de las transacciones con el extranjero*, Madrid, 2.ª ed., 1977, t. I, págs. 484-6, caracterizan el fenómeno de la asistencia técnica en base a las siguientes notas: 1.º se trata de una ayuda prestada para la ejecución de un proceso de producción o de distribución de bienes o de servicios; 2.º se desarrolla de forma continuada, de suerte que han de excluirse del concepto aquellas prestaciones que se efectúan de forma inmediata y única. Cfr. también en este sentido, AGUILAR, S., CREMADES, B. M.ª y CREMADES, J. A., *El contrato de asistencia técnica como modalidad de transferencia de tecnología*, Madrid, pág. 19.

10. VICENT CHULIA, F., «Régimen jurídico...», *cit.*, págs. 834-6.

11. B.O.E. del 2 de Octubre.

ción de plantas, entretenimiento y reparación de las mismas, servicios de estudios, análisis, consultas y asesoramiento en gestión, y en administración, en cualquiera de sus aspectos, los servicios de capacitación de personal, de documentación y de información técnica así como *cualquier otra modalidad de asistencia técnica*¹²

II. LOS MECANISMOS DE TRANSFERENCIA.

1. Aspectos generales.

La consecución de ese objetivo, permanente o a alcanzar, que es la tecnología, puede lograrse básicamente a través de una de estas dos vías; o se ponen los medios necesarios para generar o desarrollar la tecnología de la que se carece, o se adquiere ésta de quien ya la posee.

El primero de los cauces señalados, apunta a la investigación aplicada y de desarrollo¹³, como fuente fundamental del progreso tecnológico, y se sitúa fuera de los límites del presente trabajo. Baste pues señalar a este respecto, sin entrar por ende, en el análisis o valoración de los distintos factores que determinan el nivel tecnológico de una nación¹⁴, que es hoy un hecho generalmente aceptado el de la absoluta necesidad de investigar, radiando la única duda en decidir cuánto debe uno razonablemente invertir en crear su propia tecnología¹⁵, y cuál es la parte de

12. En el mismo sentido se expresan el *Decreto-ley mexicano de 28 de Diciembre de 1972* sobre el registro de la transferencia de tecnología y el uso y explotación de patentes y marcas, en su art. 2; la *Ley argentina n.º 21617 de 12 de Agosto de 1977*, de transferencia de tecnología, en su art. 2; y también el Código portugués de inversiones extranjeras promulgado por *Decreto-ley de 6 de Abril de 1976*, en su art. 26.

13. Cfr. sobre el contenido de estos conceptos, TRIANA, E., *¿Qué es la dependencia...?*, cit., pág. 9; GALA NIETO, L., «La investigación, factor de desarrollo económico. Influencia en la estructura empresarial», *Economía Industrial*, n.º 81/1970, pág. 10.

14. KAUFMAN, R. H., *La comunidad...?*, cit., págs. 71 ss., donde se señalan, entre otros, factores económicos, como la dotación de recursos, volumen de mercado y empresa, clima de competencia; factores administrativos, como la ciencia de la función gerencial, y la política gubernamental; factores sociales, como el sistema educativo o los brotes industriales en torno a centros académicos, de lo que es buena muestra la célebre carretera 128 en torno al M.I.T., en Boston.

15. Suele señalarse como cantidad que a estos fines se destina en los países tecnológicamente avanzados la del 1,5 %/3 % del PNB. Cfr. CENDÁN BLANCO, A. y PIZARRO ALAMÓS, R., «Tecnología y desarrollo», *La Industria de Bienes de Equipo*, Diciembre/1977, págs. 17-24.

esa inversión que debe de ser asumida por el sector público y por el privado¹⁶.

En todo caso, es claro que el precio pagado por el desarrollo y mantenimiento de una tecnología autóctona es elevado, y ello no sólo por la magnitud económica de las inversiones en I-D, sino también por el carácter esencialmente aleatorio que tienen esas inversiones, de cuyo rendimiento se ignora el cuánto y el cuándo¹⁷.

Esto, que puede constituir, ya de por sí, un grave cuando no insalvable inconveniente para los países menos favorecidos, se ve todavía agravado cuando se cifra la investigación tecnológica en unidades de tiempo, pues la acumulación de un capital de esta naturaleza no es cosa que puede conseguirse en un corto plazo, lo cual no deja de representar un nuevo y serio obstáculo para un país que tiene prisa en alcanzar niveles de desarrollo más elevados. Son éstas consideraciones las que permiten explicar, en buena medida, por qué la mayor parte de los Estados interesados, no obstante el reconocimiento de las indudables ventajas que ofrece el desarrollo de una tecnología propia (independencia exterior, creación de una infraestructura propia susceptible de ser posteriormente enajenada, capacidad generadora de renta), y de los graves inconvenientes que entraña la importación sistemática de tecnología exterior¹⁸, se han orientado, preferentemente por este segundo camino.

Desde esta opción, y partiendo de la base que el presente estudio se centra exclusivamente en las llamadas *transferencias externas privadas*¹⁹, cabe señalar como cauces más relevantes, a

16. Para ENRÍQUEZ DE SALAMANCA, J. y SANTOS SÁNCHEZ, A., «La investigación en...», *cit.*, págs. 67-8, la investigación básica, de escasa responsabilidad, ha de correr a cargo del sector público (universidades, institutos de investigación); la investigación aplicada, fuente ya de una tecnología utilizable a escala industrial, puede indistintamente ser asumida por el sector público o por el privado; el desarrollo tecnológico, ha de corresponder indiscutiblemente al sector privado (empresas).

17. ZABALO VIDAURRAGA, J. C., «Concepto y función...», *cit.*, pág. 17, donde pone de manifiesto la dificultad para valorar el incremento de inversiones industriales, cifra de ventas y beneficios producidos, por una cierta inversión en investigación.

18. *Vid. infra*. Parte I, Sección 1.ª

19. Quedan pues excluidas, no sólo las realizadas entre empresas dentro de un mismo Estado —*transferencias internas*— sino también todas aquellas que aunque realizadas de Estado a Estado —*transferencias externas*— no revisten carácter privado o comercial, como son las que tienen lugar con fines estrictamente académicos o de colaboración científica, o las que se llevan a efecto entre Estados, las cuales se inscriben de preferencia, en el marco de la cooperación científica y técnica no lucrativa.

través de los cuales se llevan éstas a cabo, el de la *inversión extranjera* directa, que sitúa el fenómeno de la transferencia de tecnología en su verdadero contexto, y el de la *contratación específica*, que por razón del contenido esencialmente complejo del concepto mismo de tecnología puede adoptar las más variadas modalidades ²⁰.

2. La inversión extranjera directa.

La inversión extranjera directa constituye, como es sabido, una importante contribución en orden a la consecución, en los países menos avanzados de niveles de desarrollo más importantes; sin embargo, resulta revelador comprobar cómo de entre los distintos efectos positivos atribuidos a la inversión extranjera, se haya hecho, en estos últimos años especial hincapié en ²¹ la literatura especializada, en el de la transferencia de tecnología; y es que, como señala Fuente Izarra ²² parece claro que «si se desea adquirir unos bienes o una técnica, sin desarrollar esa técnica ni hacer frente a la adquisición de esos bienes en los mercados internacionales, por la frecuente escasez de divisas que acompaña el desarrollo de los países menos avanzados, parece obvio que una política adecuada debe de ser la de atraer el capital extranjero que fabrique esos bienes dentro del territorio nacional». El problema residirá entonces, en crear el adecuado clima de inversión, en establecer el número de estímulos necesarios, de control de cambios, de política comercial, etcétera.

Cfr. al respecto, WADE, A. G., «Note sur le transfert technologique», *Revue économique*, XIX/1968, págs. 894 ss. En una perspectiva un tanto diferente, distingue MANSFIELD, E., «International technology...», *cit.*, pág.372, entre transferencias horizontales y verticales, señalando además, la existencia de distintas fases en el proceso en el que éstas se operan.

20. La adquisición de tecnología por el cauce de las inversiones directas y por vía contractual, constituyen lo que SEBASTIÁN, C., «Difusión de tecnología e incorporación del proceso técnico a la industria española», *Revista Española de Economía*, 1973, págs. 33-37, califica de «difusión no incorporada», junto a la que es posible distinguir una difusión incorporada que se realizaría a través de la adquisición de maquinaria y bienes de equipo, y una «difusión natural», llevada a cabo mediante la circulación de publicaciones especializadas, contactos personales, etcétera. En esta misma perspectiva, distinguen también COOPER, Ch. y SERCOVITCH, F., «The channels...», *cit.*, pág. 12, entre mecanismos de transferencia directa e indirecta respectivamente.

21. *Cfr.* por todos, JEHL, J., «La notion d'investissement...», *cit.*, pág. 415.

22. FUENTE IZARRA, E., «Inversiones extranjeras y política comercial», *Información Comercial Española*, Agosto-Septiembre/1977, págs. 109-18.

Creando nuevas empresas, adquiriendo o asociándose a las ya existentes en el país, el inversor extranjero no sólo trae dinero y/o el equipo capital necesario para realizar su inversión, sino también sus ideas y criterios acerca de cómo producir más y mejor, sus patentes, su *know-how*, su capital tecnológico en suma, al objeto de producir en la forma óptima y más competitiva; y éste capital, que no tiene en principio por qué estar vinculado a una retribución específica, se transfiere y difunde natural e inevitablemente, en una cierta medida, a los coasociados y competidores. En este sentido, la inversión extranjera aparece indiscutiblemente, como vehículo de transmisión de tecnología, aunque quizás convenga, al objeto de evitar la formación de imágenes inexactas, que, desde ahora, llamemos la atención sobre la noción de «circulación interna de la tecnología»²³, expresiva de las limitaciones que este fenómeno, principalmente protagonizado por la gran empresa multinacional, presenta como agente transmisor. En fin, el resultado parece garantizado en aquellos sistemas en los que, como en el español, por caso, se permite que la inversión se realice aportando, directamente, a una empresa, asistencia técnica o patentes, pues, en tales casos, la transferencia de tecnología no constituye ya un mero efecto de la inversión realizada, sino el objeto de la inversión misma.

3. *La contratación específica.*

La tecnología constituye una realidad compleja en la que, como se ha señalado, cabe decir, de forma general, que se engloban una serie de conocimientos de índole diversa, susceptibles de aplicarse a la actividad productiva. Esto explica que, en la práctica, es consideren o califiquen, genéricamente, como de «transferencia de tecnología», una serie de manifestaciones contractuales de reciente cuño, producto singularísimo de la moderna vida de los negocios a nivel de empresas, en virtud de las cuales una de las partes (cedente), se obliga frente a otra, a una determinada prestación de carácter tecnológico, a cambio de una cierta numeración.

Conviene, además, no perder de vista el hecho de que, con frecuencia, la tecnología no se contrata químicamente pura sino en el marco de un acuerdo complejo en el que el cedente viene

23. MICHALET, Ch. A., «Transfert de technologie, firmes multinationales et internationalisation de la production», *Revue Tiers-Monde*, 1976, págs. 161-8.

con frecuencia obligado a suministrar también, o acaso principalmente, bienes de naturaleza material. No parece por ello que pueda afirmarse la existencia de un contrato de transferencia de tecnología, como especie contractual determinada, sino que éste, constituye más bien un género bajo el que encuentran cobijo una serie de acuerdos que incluyan prestaciones diferenciadas²⁴, que van desde la simple puesta a disposición de archivos, hasta la fórmula «producto en mano», pasando por delegaciones de personal técnico-comercial, realización de estudios, proyectos y consultas, controles y supervisiones, capacitación del personal local, suministro de nomenclaturas y especificaciones, comunicación de secretos industriales, cesión de procedimientos o técnicas patentadas, etc., todo lo cual nos sitúa ante un amplio abanico de figuras contractuales de difícil clasificación²⁵, entre las que quizás cabría destacar, el *engeneering*, el *consulting*, la asistencia técnica y la venta «llave en mano», pero sobre todo, el contrato de licencia de patente y el de *know-how*²⁶, pues como acertadamente

24. Cfr. también en este sentido, SAHAPIRA, J., «Les contrats internationaux de transfert technologique», *Journal de Droit International*, 1978, págs. 5-37, espec. pág. 23.

25. En su fundamental trabajo, «Typologie des contrats de transfert de la technologie», colectivo *Transfer de technologie...*, cit., págs. 435-65, Ph. KHAN establece, a partir de su objeto, una distinción entre contratos en los que éste es, principalmente, «*le transfert d'une propriété ou le transfert de la jouissance d'un droit d'un contractant a l'autre*» operándose tan sólo, como consecuencia o efecto de los mismos, una cierta transferencia de tecnología, y contratos en los que ésta constituye la prestación principal, de suerte que sin perjuicio de la existencia de obligaciones accesorias de servicio o suministro, se halla el contrato principalmente ordenado a la adquisición por la empresa del país en desarrollo, de una cierta tecnología. Dentro de esta segunda categoría de contratos, en la que destacan los contratos de organización, de formación, de investigación y de asistencia técnica *stricto sensu*, «*il peut exister des obligations et des prestations secondaires, portant sur des fournitures, des prestations de service, des droits de la propriété industrielle. Mais ces obligations sont accessoires et sont organisées pour faciliter l'acquisition de la technologie, alors que dans les contrats étudiés dans la première partie, les prestations portant sur la technologie facilitaient la vente des fournitures et des droits. Il y a simplement difficulté de qualification lorsque quantitativement l'accessoire se rapproche du principal*».

26. A partir de la distinción mencionada entre contratos que tienen por objeto o por efecto la transferencia de la tecnología, señala Ph. KAHN, «Typologie des contrats...», cit. pág. 448, que «*la plupart des auteurs semblent considerer par exemple, que les contrats portant sur la propriété industrielle sont toujours des agents du transfert de technique, même si les opinions sont plus partagées sur leur efficacité réelle, notamment en ce qui concerne les brevets. Mais comme les contrats de vente des biens incorporels, des contrats de transfert de puissance, et ce n'est qu'accessoire-*

ha señalado Vicent Chulia²⁷, la tecnología propiamente dicha ha de ser objeto de una especial protección, lo que da lugar a que se posea, fundamentalmente bajo dos regímenes distintos, como son, el de exclusiva y propiedad que suponen las patentes y el de secreto industrial²⁸.

Su radical enraizamiento en la práctica negocial, y la imprecisión de la terminología utilizada, explican las dificultades que existen para fijar *a priori* el contenido específico de cada uno de estos acuerdos, pues éste varía, de hecho, en cada caso, por el ejercicio por los contratantes de su autonomía privada. Del mismo modo, la ausencia de una normativa concreta, unida a la necesidad de proporcionarles una cierta disciplina jurídica, justifican los esfuerzos desarrollados en el plano doctrinal en orden a la determinación de su naturaleza jurídica, y a la individualización de sus caracteres esenciales, y ello al objeto de encontrarles acomodo dentro de alguno de los esquemas contractuales tradicionales, conocidos y ordenados por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, tales como el usufructo, la compraventa o el arrendamiento de servicios o de obra, para proceder posteriormente, a aplicarles el régimen jurídico de los mismos. Pero lo cierto es que esta labor de asimilación no siempre ha dado

ment et par voie de consequence qu'ils sont des effets sur le transfert materiel de la technologie. Pourtant, pendant longtemps, l'acquisition d'une licence, seule ou combinée avec un contrat de fourniture et d'assistance, a été considéré comme le moyen privilégié du transfert des techniques d'un pays développé vers un pays en développement par le canal des relations entre entreprises privées.

27. VICENT CHULIA, F., «Régimen jurídico...», *cit.* pág. 836.

28. Cfr. entre otros para la estructura y los aspectos sustantivos de estos acuerdos: MANGINI, V., *La licenza di brevetto*, Padua 1970; LANGEN, E., *Transnational commercial law*, Leyden 1973; MERCADAL, B. y JANIN, Ph., *Les contrats de cooperation inter-entreprises*, Paris 1974; DEMIN, P., *Le contrat de Know-how. Etude de sa nature juridique et du regime fiscal des redevances dans les pays du Marché Commun*, Bruselas 1968; MAGNIN, F., *Know-how et propriété industrielle*, Paris 1974; DELEUZE, J. M., *Le contrat de transfert de processus technolofique (know-how)*, Paris 1979; AGUILAR, S., CREMADES, B. M.^a y CREMADES, J. A., *El contrato de asistencia...*, *cit.*; PIPINO MARTÍNEZ, C., «Los contratos de transferencia de tecnología. Estructura básica y cláusulas tipo», *Economía Industrial*, n.º 167/1977, págs. 15-28; PELLISE PRATS, B., «Contratos de licencia, asistencia técnica y cesión del know-how», *II Cursillo sobre propiedad industrial*, Barcelona 1970; SINDICATO NACIONAL DEL METAL, *Guía de contratos internacionales para la transferencia de tecnología (know-how) y realización de complejos industriales*, Madrid 1975; SYNTec (Chambre syndicale des societes d'études et de conseils), *Contrats privés d'ingenierie*, Paris, s.d.; KAHN, Ph., «Typologie des contrats...», *cit.*; SALEM, M., «Les contrats d'assistance technique», colectivo *Transfert de technologie...*, *cit.*, págs. 467-513.

resultados apetecidos, y las opiniones tanto en doctrina como en jurisprudencia no guardan el grado de uniformidad deseado. Creo por ello que lleva razón y puede generalizarse, el argumento de Mangini²⁹, cuando, en relación con el contrato de licencia de patente, señala que el término no representa más que un esquema vacío cuyo contenido habrá de ser determinado en cada caso por las partes, quienes, de esta suerte darán vida a una relación jurídica, que será asimilable, según los casos, a figuras contractuales típicas, o también, a una relación de naturaleza especial o *sui generis*.

III. INTERESES EN PRESENCIA Y NORMAS REGULADORAS, EN LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA

El examen de los intereses en presencia en la transferencia internacional de tecnología, una vez que hemos contraído el estudio de este fenómeno al sector de las llamadas transferencias externas privadas, parece apuntar de forma absolutamente natural a los intereses individuales de las partes comprometidas en aquél, esto es, por lo general, los de las empresas transmitente y receptora de la tecnología.

Cuando la tecnología fluye desde los países occidentales³⁰, de economía de mercado, el transmitente es una empresa privada, con frecuencia multinacional para quien como recuerda King, *transfer is a part of its overall strategy for growth and survival*³¹. Esta empresa habrá invertido además fuertes sumas en I-D, que han de ser amortizadas y rentabilizadas a través de la

29. MANGINI, V., *La licenza...*, cit., pág. 28.

30. La transferencia de tecnología desde los países del área socialista, presenta caracteres específicos, tanto por lo que respecta a la personalidad del transmitente, como en atención a los objetivos perseguidos y a los mecanismos de transferencia. Este particularismo, dificulta su encaje dentro del grupo de las transferencias externas privadas, y quedan por ello excluidas del presente trabajo. Cfr. sobre esta cuestión ROMER, J. C. y SOLERE, M., bajo la dirección de KISS, Ch., «Accords conclus par les pays socialistes européens avec les pays en voie de développement», colectivo *Transfert de technologie...*, cit., págs. 341-79.

31. KING, A., «Marketing of technology and its products», en el colectivo dirigido BRADBURY, F., *Technology transfer practice of international firms*, 1978, págs. 10-11, quien llama de otra parte la atención acerca de la «*extraordinary diversity of policies and approaches on the part of the industrial firms. This diversity is particularly striking with regard to the technology transfer which is seen as a form of prestige advertising by some*

comercial, que cerrada en la práctica, en la mayor parte de los casos, a la venta directa de los productos fabricados en base a la tecnología desarrollada, encuentra en la transferencia de la misma una alternativa en absoluto desdeñable. La empresa transferirá en suma tecnología, en la medida en la que ello le reporte un beneficio comparativamente superior, y este interés fundamental se proyecta sobre los mecanismos de transferencia condicionando la estrategia empresarial, en la que incide además la combinación que adopten factores tales como: la naturaleza de la tecnología a transferir (la complejidad del producto o de la técnica), el marco o entorno jurídico-político (grado de nacionalismo económico, legislación sobre inversiones extranjeras, patentes, estructura fiscal, normas sobre control de cambios, situación de la balanza de pagos, política de industrialización, etc.), la capacidad de asimilación y de absorción por parte de la empresa receptora y los recursos humanos y financieros del transmitente³².

Mas en concreto cabría afirmar que, en general, se opta por la inversión directa, cuando existen recursos humanos y financieros disponibles, cuando interesa obtener o conservar el control del mercado, cuando el transmitente teme que el licenciatarario pueda amenazar su posición en mercados ya conquistados, cuando la transferencia implica una amplia gama de productos o tiene por objeto la gestión comercial o financiera, cuando la tecnología resulta, en fin, compleja en alto grado, y su transferencia requiere una larga y sostenida relación con el eventual adquirente. Por el contrario, la contratación específica suele imponerse cuando el mercado resulta demasiado pequeño para garantizar la rentabilidad de la inversión, cuando el poseedor de la tecnología carece de recursos o de experiencia en el campo de las inversiones directas, cuando éstas se hallan legalmente prohibidas o entrañan un elevado riesgo o incertidumbre de carácter político o económico, cuando es posible, por último, llegar a un acuerdo de intercambio de tecnologías con ventajas recíprocas³³.

firms, and as a means of growth by others. It seems that technology transfer to developing countries is not usually regarded as a profit earner although some of the case countries are rather coy as to their policies and motivations».

32. BARANSON, J., «Technology transfer through the international firms», *American Economic Review*, 1970, págs. 435-40.

33. BARANSON, J., «Technology transfer...», *loc. cit.*; *cfr.* asimismo JHEL, J., «La notion d'investissement...», *cit.* pág. 415; COOPER, Ch. y SERCOVITCH, F., «The channels...», *cit.* pág. 50-2.

Para una visión sintética de las distintas decisiones de política indus-

Desde la perspectiva del receptor, nos encontramos con una primera línea de intereses que son los particulares de las empresas importadoras, y conviene tener presente que, cuando estas empresas son propiedad del capital privado, extranjero (filiales) o nacional —lo que ha constituido la situación normal en determinadas áreas como la India y Latinoamérica, hasta que la descolonización dio pie al nacimiento de poderosas empresas públicas para la explotación de los recursos naturales y de los principales sectores productivos³⁴— sus intereses no difieren sustancialmente de los del transmitente, de suerte que también para ellas, la transferencia (importación) de tecnología constituye una pieza clave de la política empresarial que le va a permitir, por caso, desplazar a otros competidores oferentes de técnicas menos interesantes, incrementar su volumen de negocios y obtener en suma mayores ganancias, cuando no, mantenerse en el mercado.

Siendo éstos los intereses del comprador privado de tecnología, no deberá extrañar que, con mayor o menor resignación, se halle éste normalmente siempre dispuesto a aceptar todo término de transferencia, por oneroso que sea, que le permita la realización de aquéllos; el transmitente lo sabe, pero como el médico, tampoco ignora que el paciente, aunque enfermo, conviene que viva el mayor tiempo posible, y por ello, en su propio interés, no presionará generalmente en la negociación hasta el punto de frustrar el logro de aquellos objetivos.

Pero lo que puede ser satisfactorio desde un punto de vista microeconómico, no ha de serlo necesariamente para el Estado en el que el adquirente directo se halla encuadrado; de hecho, sucede que no lo es, y a ello, porque los Estados tercermundistas³⁵, surgidos en la década de los 60 del movimiento descolo-

trial y comercial internacionales, así como de las distintas estrategias según la teoría del ciclo de vida y en función del contenido tecnológico del producto en cuestión, *cfr.* NUENO INIESTA, P., «Influencia de la tecnología en la economía y los negocios. El caso español», *Alta Dirección*, n.º 27/1977, págs. 197-207.

Desde luego es posible que en el transmitente concurra la condición de empresa pública, pero conviene recordar con KAHN, Ph., «Typologie des contrats...», *cit.* pág. 435, nota 1, que cuando las empresas públicas de los países occidentales desarrollados intervienen en los países en desarrollo, actúan casi siempre de la misma forma que las empresas multinacionales.

34. KAHN, Ph., «Typologie des contrats...», *loc. cit.*

35. El presente trabajo contempla la transferencia de la tecnología desde los países desarrollados a los países en desarrollo. Por ello a sabiendas de que las transferencias realizadas en esta dirección no representan más del 10 % del total mundial (en 1965, ascendió éstas a 2.500 millones de dólares, pasando en 1975 a 11.000 millones, estimándose para 1985, una cifra en

nizador que no han cesado desde entonces de denunciar la existencia y relativa profundización de la brecha económica que les separa de las antiguas metrópolis y de otros pueblos desarrollados, como los Estados Unidos o Canadá, así como la situación de profunda miseria e injusticia social que conlleva el subdesarrollo y el escaso significado que tiene la independencia política cuando no va acompañada de la independencia económica, han encontrado en el factor tecnológico una de las claves para poner término, mediante su transferencia desde los países tenedores a tal situación.

Sin duda la transferencia de tecnología se ha visto en los últimos años orquestada, como certeramente ha señalado Flory³⁶ con notas míticas que han hecho de ella una especie de «*rémede-miracle au sous-développement, dont les bienfaits ne seraient limités que par la mauvaise volonté et l'egoïsme des pays industriels soucieux de maintenir leurs privilèges par cet ultime instrument de domination*». Pero admitido —y no sólo desde el ángulo de los países subdesarrollados— que la accesión a ciertos niveles tecnológicos condiciona el desarrollo de los pueblos, no es extraño que aquellos no sólo hayan reivindicado —en ocasiones de forma un tanto demagógica— el derecho a que la misma se les transfiera, sino también manifestando firmemente su insatisfacción por los términos en los que esta transferencia se ha venido llevando a cabo, los cuales, dictados por un mercado funcionando según las reglas del liberalismo económico, inciden negativamente sobre los intereses generales que todo Estado ha de proteger.

El binomio tecnología-desarrollo ha dado así lugar a la aparición en el proceso de transferencia, y del lado del receptor, de una segunda línea de intereses que, por superiores y más intensos, han ensombrecido, cuando no anulado, los meramente individuales del adquirente. La defensa de aquellos ha abierto un proceso que en expresión de Gonod³⁷, puede calificarse de «desestabilización de las políticas de transferencia de tecnología», del

torno a los 40/44.000 millones de dólares) que se realiza fundamentalmente, por la diferencia, entre Estados desarrollados, no habrá de sorprender que utilizemos indistintamente las expresiones «Estado receptor», «adquirente» o «importador», para referirnos a los países en desarrollo o del Tercer mundo; inversamente, habrá de entenderse que el Estado «transmisor» o «exportador», es un Estado desarrollado o industrializado.

36. FLORY, M., *Droit international du développement*, Paris 1977, pág. 234.

37. GONOD, P. F., «Materiaux pour des nouvelles politiques du transfert technologique», *Revue Tiers-Monde*, 1976, págs. 9-42, quien toma a su vez la fórmula de I. SACHS.

que son según este autor exponentes significativos el análisis crítico del sistema internacional de transferencia de tecnología, la revisión de las políticas en la materia y las revaluaciones de las ideas y conceptos. Este proceso se ha traducido en la práctica por la adopción por parte de los Estados interesados, de políticas defensivas y ello, en un doble frente: de una parte, en el estrictamente nacional o regional (Pacto Andino), donde el derecho al desarrollo por el cauce de la tecnología, se ha proyectado sobre el plano legislativo propiciando la adopción de una normativa especial³⁸, que modificando imperativamente las reglas del mercado, alterando la relación natural de las fuerzas en presencia, ha perseguido principalmente, poner coto a las prácticas abusivas frecuentemente vinculadas a los mecanismos de transferencia. Con ello, nos situamos ante una primera categoría de normas, de fuente nacional, de naturaleza imperativa y carácter material, que permite calificarlas como de policía³⁹, o de inmediata aplicación en el Estado que las ha dictado⁴⁰.

De otra parte, el convencimiento de que una acción de carácter unilateral no sólo no constituye una solución definitiva al problema, sino que puede incluso agravarlo frenando o desviando las corrientes tecnológicas hacia Estados más complacientes⁴¹, ha conducido a los países en desarrollo a buscar soluciones de mayor alcance.

Es así que la función que la tecnología desempeña en el desarrollo socio-económico y el problema de su transmisión en unas condiciones adecuadas a los países en desarrollo, se ha convertido, merced a la acción desplegada por éstos en el plano internacional (Conferencia de países no alineados, Naciones Unidas),

38. *Vid. infra*. Parte II, Secciones 2.ª y 3.ª.

39. KAHN, Ph., «Entreprises multinationales et transferts de technologie. Elements pour une approche juridique», en el colectivo dirigido por D. GERMIDIS, *Le transfert technologique par les firmes multinationales*, Paris, OCDE, 1977, vol. II, págs. 230-48, espec. págs. 241-2.

40. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Nota a las sentencias del T.S. de 28 de Junio y de 1 de Octubre de 1973», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1976, págs. 206-14.

41. GERNIDES, D., «Transfert technologique par les firmes multinationales et capacité d'absorption des pays en voie de développement: une synthèse», en el colectivo *Le transfert technologique par les firmes...*, cit., vol. I, espec. pág. 40, citando el caso argentino como ilustración de lo real que puede llegar a ser el peligro de que las leyes especiales en materia de transferencia de tecnología se revuelvan contra el Estado que las dicta. Similares temores fueron también expresados por la doctrina española, con ocasión de la promulgación del Decreto 2343/1973 de 21 de Septiembre; *cf.* entre otros, BERCOVITZ, A., «La transmisión de tecnología y su problemática jurídica actual», *Seminario sobre adquisición...*, cit., pág. 100.

en tema de candente actualidad, objeto de reflexión permanente y grave preocupación de la comunidad internacional, que sólo recientemente ha tomado auténtica conciencia de lo que ha venido a llamarse dimensión económica de la paz internacional⁴². En este punto, ha de señalarse que las reivindicaciones tecnológicas de los Estados menos favorecidos, no constituyen la expresión de un problema aislado o puntual, sino que se inscriben en un movimiento de vastas proporciones ordenado a la sustitución del antiguo, y todavía esencialmente vigente, orden económico, por un nuevo orden económico internacional más justo y más solidario, que ha encontrado en el Derecho Internacional del Desarrollo, un valioso instrumento jurídico para su progresiva implantación.

La vertiente tecnológica de este nuevo Derecho Internacional del Desarrollo, integrado como es sabido, por una serie de textos de disparata naturaleza (convenios internacionales, resoluciones adoptadas por Organizaciones internacionales), nos sitúa ante una segunda categoría de normas de desigual alcance y valor jurídico, pero con la misma vocación reglamentadora de los procesos de transferencia; de entre ellas está llamada a revestir especial significación el Código internacional de conducta para la transferencia de la tecnología⁴³, todavía hoy en gestación⁴⁴.

42. FLORY, M., *Droit international...*, cit., pág. 80.

43. *Vid. infra*. Parte II, Sección 1.ª 2.A.

44. La bibliografía existente, tanto en relación con el Nuevo orden económico internacional, como respecto del Derecho internacional del Desarrollo, es numerosísima. Entre las aportaciones españolas puede consultarse: MIAJA DE LA MUELA, A., *Principios y reglas fundamentales del nuevo orden económico internacional*, Anteproyecto de ponencia para el undécimo congreso del IHLADI, Madrid 1976 BALLESTEROS GONZÁLEZ, J. M., *Comercio internacional: igualdad jurídica y discriminación de hecho*, Granada 1977; ABELLÁN HONRUBIA, V., «Codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional del desarrollo», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1976, págs. 369-96. *Cfr.* para la doctrina extranjera: VIRALLY, M., «Vers un droit international du développement», *Annuaire Français de Droit International*, 1965, págs. 3-12; FLORY, M., *Droit international...*, cit.; GROSS ESPIELL, H., *Derecho internacional del desarrollo* (Cuadernos de la cátedra «J. B. Scott»), Valladolid 1975; SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *Pays en voie de développement et transformation du droit international*, Paris 1974; LAURENT, Ph., «Vers un nouvel ordre économique international», *Projet*, 1975, págs. 255-63; DUMAS, M., «Qu'est-ce que le nouvel ordre économique international?», *Revue Tiers-Monde*, 1976, págs. 265 ss.; FURTADO, C., «Le nouvel ordre économique mondial: un point de vue du Tiers-Monde», *Revue Tiers-Monde*, 1976, págs. 571 ss.; MARTIN, P. M., «Le nouvel ordre économique international», *Revue Generale de Droit International Public*, 1976, págs. 502-35; SALEM, M., «Vers un nouvel ordre économique. A propos des travaux de la VIème. session extraordinaire des

PRIMERA PARTE

LA INCIDENCIA DE LOS MECANISMOS DE TRANSFERENCIA
EN LOS ESTADOS RECEPTORES

SECCIÓN 1.^a

*Obstáculos e inconvenientes de la adquisición
derivativa de la tecnología*

1. Aspectos generales.

La adquisición derivativa de tecnología resulta sin duda camino obligado, en aquellas ocasiones en las que se carece de la infraestructura y recursos materiales y humanos necesarios para adelantarse por la vía de la investigación creadora, pero no es menos cierto, que la adquisición de tecnología de quien ya la posee, surge también, en orden a la consecución del desarrollo, como una alternativa más rápida y relativamente más económica. La importación de tecnología extranjera permite, en efecto, frente a la dimensión de largo plazo que presenta el desarrollo de una tecnología propia, satisfacer la demanda de forma casi inmediata y obtener adelantos en la productividad a corto plazo; por otra parte, y salvo que el precio sea absolutamente exagerado, el importe pagado por el hecho de la transferencia y su adaptación a las condiciones del adquirente, tenderá a ser inferior al costo de la inversión que normalmente requerirá el desarrollo de una tecnología propia. La transferencia de tecnología presenta además, la ventaja de evitar, por una parte, dobles esfuerzos en el camino de la invención, y facilita por otra, el progreso de la capacidad inventiva nacional, así como la adaptación de las técnicas tradicionales⁴⁵. Sería ingenuo sin embargo pensar que todo

Nations Unies», *Journal de Droit International*, 1975, págs. 753-800; FEVER, G., «Les Nations Unies et le nouvel ordre économique international: 1974-76», *Journal de Droit International*, 1977, págs. 600-29; WHITE, R. C. A., «A new international economic order», *International and Comparative Law Quarterly*, 1976, págs. 542-62; Touscoz, J., «Rapport General» en el Coloquio de Niza, en el colectivo dirigido por el propio Touscoz, *Transferts de technologie, sociétés transnationales et nouvel ordre international*, Paris, 1978, págs. 11-23.

45. BABATUNDE THOMAS, D., «La transferencia internacional de tecnología industrial y las naciones nuevas», *El Trimestre Económico*, n.º 163/1974, págs. 605-24, espec. pág. 613.

es sencillo y ventajoso en un desarrollo planteado sobre esta base, y ello porque, en primer término, su viabilidad práctica implica la superación de una serie de dificultades y obstáculos no siempre fáciles de salvar, y después, porque la transferencia internacional de tecnología plantea, de cara a los países importadores, graves riesgos e inconvenientes que a falta de ciertas medidas correctoras pueden amenazar o comprometer seriamente el desarrollo que con la misma se pretende.

Desde la perspectiva de los países importadores, la transferencia internacional de tecnología plantea en efecto problemas específicos, obstáculos que es preciso superar desde este punto de vista se ha hablado⁴⁶:

a) De dificultades debidas a factores estructurales, cuya presencia se traduce en la falta de capacidad de utilización de los elementos de tecnología transferidos y en la ausencia de capacidad de selección de las tecnologías más adecuadas para su implantación en el país; ocurre en efecto, que no siempre es la técnica más avanzada la que más interesa adquirir, de una parte, porque en el país importador puede no existir, por ejemplo, el personal con la cualificación necesaria para la correcta utilización de la misma o un mercado de la dimensión suficiente para dar salida a los productos generados, y de otra, porque su incidencia económico-social puede resultar francamente negativa.

b) De las limitaciones propias del mercado de la tecnología, caracterizado por su falta de libertad, competitividad y transparencia en orden al conocimiento de las técnicas disponibles a nivel mundial, lo que ha conducido a algún autor, a afirmar la inexistencia de un mercado o bolsa mundial de la tecnología⁴⁷, así como a proponer la generalización de la figura del «intermediario tecnológico internacional»⁴⁸.

46. MARTÍN VICENTE, L. y VAL COB, M., «Cooperación tecnológica y futuras actividades de la CEPE» (ponencia presentada en el Seminario sobre incentivos... *cit.*), *Economía Industrial*, n.º 103/1972, págs. 67-68; BERCOVITZ, A., «La transmisión de tecnología...», *cit.* págs. 76-7; PATEL, S., «La transferencia de tecnología...», *cit.* pág. 17; BATAUNDE THOMAS, D., «La transferencia internacional...», *cit.* pág. 613; KHALLAF, M., «Le transfert de technologie en tant que'un des moyens de developpement economique», *La Propriété Industrielle*, 1972, págs. 80-4; GERMIDIS, D., «Transfert technologique par les firmes...», colectivo *Transfert technologique par les firmes...*, *cit.* págs. 11-43.

47. PATEL, S., «La transferencia de tecnología...», *cit.* pág. 18.

48. BABATUNDE THOMAS, D., «La transferencia internacional...», *cit.* pág. 613.

c) De la defectuosa circulación de la información científica y técnica, que se opera fundamentalmente entre la casa matriz, que centraliza en lo esencial su producción, y la filial implantada en el país receptor («circulación interna»), quien de hecho no la importa ni utiliza sino tan sólo parcialmente, desde el momento en que queda aquella sustancialmente circunscrita al ámbito de la multinacional cedente, la cual, como recuerda Kahn, «constituye un sistema cerrado en el que la tecnología se encuentra cautiva»⁴⁹.

d) Del hecho de que la tecnología cuya transferencia se pretende, no siempre se «halle en venta», lo que resulta perfectamente explicable si se tiene en cuenta que la empresa potencialmente cedente ni tiene normalmente conciencia del problema del subdesarrollo, ni se siente, de hecho, aunque así fuera, moralmente obligada a colaborar en su solución, pues su conducta se halla presidida por criterios básicamente económicos, de rentabilidad, maximación del beneficio, extensión del área de influencia, seguridad o conservación del monopolio.

e) De la inadecuación de la legislación, particularmente la relativa a la propiedad industrial, para resolver los problemas que en general plantea la creciente internacionalización del tráfico mercantil internacional de nuestros días, y señaladamente, en la perspectiva de los países en desarrollo, la contratación internacional de tecnología.

Pero no sólo obstáculos, sino también, como se ha señalado, inconvenientes, una vez superados aquellos, se accede efectivamente a la tecnología exterior.

Los inconvenientes, según Bercovitz⁵⁰, pueden resumirse en la idea de que hasta ahora, la transferencia de tecnología a los países en vías de desarrollo, no sólo no ha servido en general para fomentar éste en la forma adecuada, sino que, a menudo, ha servido para acentuar la independencia industrial y tecnológica, y para aumentar e definitiva, incluso desproporcionadamente, los beneficios de los países exportadores.

Y es que, si bien es cierto que por razones, quizás más políticas que científicas, no siempre se ha valorado con la objetividad necesaria el fenómeno de la dependencia tecnológica habiéndose acentuado tal vez, en exceso, sus aspectos negativos y olvidando con frecuencia que a diferencia de otras formas de depen-

49. KAHN, Ph., «Typologie des contrats...», *cit.* pág. 443; también, *cfr.*, MICHALET, Ch. A., «Transfert de technologie, firmes...», *cit.* pág. 162.

50. BERCOVITZ, A., «La transmisión de tecnología...», *cit.* pág. 76.

dencia económica —en cuanto a materias primas por ejemplo— tiene ésta carácter transitorio, de suerte que la importación de tecnología extranjera ha de ser en principio capaz de generar con el tiempo tecnología propia que rompa con la dependencia inicial⁵¹, la práctica demuestra sin embargo, que no siempre resulta fácil romper con la situación de dependencia que se crea con la importación generalizada de tecnología extranjera; de una parte porque, como ya se ha apuntado, la tecnología importada suele reclamar a su vez, para su correcta utilización la existencia de equipos y medios complementarios que no existiendo normalmente en el país adquirente, han de procurarse también en el extranjero; y de otra, porque, de hecho, los países exportadores se han revelado a la postre, capaces de encontrar la manera de perpetuarla y fortalecerla, incluso a través de la creación de nuevas formas de dependencia (comercial, financiera, o política).

Desde este punto de vista ha podido referirse un sector doctrinal, a la existencia de un «círculo vicioso tecnológico»⁵², aludiéndose también aunque desde una perspectiva un tanto diferente, al fenómeno del neocolonialismo e imperialismo económico⁵³.

Concreción, a la vez que testimonio de esta situación de dependencia, son: los desequilibrios financieros, la falta de adecuación a los factores internos, la ausencia de infraestructura científica, la caducidad de la tecnología importada, y las prácticas restrictivas de la competencia.

2. Los desequilibrios financieros.

A los efectos de expresar en términos monetarios el fenómeno de la dependencia tecnológica, suelen utilizarse en la práctica, los datos ofrecidos por lo que ha venido a llamarse *balanza de pagos tecnológica*⁵⁴.

Y es que el costo de la tecnología importada, constituye indu-

51. PUENTE FERNÁNDEZ DE ULIBARRI, F., «Los problemas económicos inherentes a la adquisición de tecnología extranjera», *Seminario sobre la adquisición...*, cit. págs. 27-42, espec. pág. 40.

52. ABAD ARANGO, D., «Tecnología y dependencia», *El Trimestre Económico*, n.º 158/1973, págs. 371-92, espec. pág. 372; TEITEL, S., «Tecnología, industrialización...», cit. pág. 603-4.

53. SANCHA, J. L., «Dependencia tecnológica y desarrollo dependiente», *Anales de mecánica y electricidad*, vol. 53/1976, págs. 8-31.

54. GIL PELÁEZ, J., «La balanza de pagos tecnológica», *Economía Industrial* n.º142/1975, págs. 31-4.

dablemente el indicador más evidente y sangrante del hecho de tal dependencia, que traducida de esta forma, se ve inmediatamente reflejada en la balanza de pagos como una compra más del extranjero que presiona sobre las reservas en divisas.

En los países en desarrollo, y dependientes, la balanza presenta crónicamente una situación deficitaria, de suerte que los pagos tecnológicos superan siempre, con creces, los ingresos obtenidos por la exportación de bienes de la misma naturaleza. Así por ejemplo, en el caso español, el déficit de casi trece millones de dólares con el que se cierra el año 1959, se mantiene e incrementa de forma ininterrumpida hasta nuestros días, para alcanzar en 1978 la cifra de cuatrocientos tres.

Pero este desequilibrio, puede todavía verse acentuado si se tiene presente que el saldo de la balanza tecnológica constituye un indicador de una exactitud meramente relativa, y ello, no sólo porque los pagos efectuados por el sector público no siempre resultan fácilmente identificables, sino también porque con frecuencia el costo de la tecnología se encuentra implícito en el satisfecho por la importación directa de equipo capital o de materias primas, especialmente en aquellos casos en los que aquél o éstas se adquieren directamente del cedente de la tecnología, quien infando artificialmente el precio, encuentra en este suministro un nuevo cauce para la repatriación de beneficios; en fin, también, porque los dividendos repatriados responden a veces a una inversión tecnológica propiamente dicha.

3. *La falta de adecuación a los factores internos.*

La importación de tecnología se halla ordenada a la consecución del desarrollo y tiende en definitiva a una sustitución paulatina de las importaciones. Puede, sin embargo, suceder si aquélla no se efectúa de forma racional, esto es, tras haber calculado su incidencia en el orden laboral y financiero, que ambos queden frustrados. Y ello porque, de una parte, la proporción de factores productivos se caracteriza en los países en desarrollo por un excedente de mano de obra que no haría sino acentuarse con la adquisición de una tecnología sofisticada cuya inmediata consecuencia sería precisamente el ahorro de mano de obra. Pero también porque, de otra, el correcto aprovechamiento de tal tecnología requerirá la presencia de equipos humanos y de capital complementarios, generalmente inexistentes en los países importadores, quienes se verán así obligados a procurárselos en el extranjero agravando con ello la carga financiera que ya entraña

la compra de la tecnología propiamente dicha⁵⁵. En esta perspectiva conviene tener presente que a este resultado negativo puede llegarse con especial facilidad cuando la adquisición se realiza por el cauce de las inversiones directas, pues entonces —será lo normal— las decisiones se tomarán de acuerdo con los criterios de la casa matriz, los cuales serán, por lo general, distintos de los existentes en el país en cuestión, con lo que será particularmente fácil, la elección de técnicas que no se adecúen a las condiciones del mismo.

4. *La caducidad de la tecnología importada.*

El hecho de que con frecuencia las tecnologías transferidas a los países menos desarrollados se encuentren ya superadas en los estados de origen, ha servido para que se haya apuntado, como un aspecto negativo más de la adquisición derivativa de tecnología, el dato de que los países importadores arrancan en su desarrollo industrial, no obstante la compra realizada, de bases que se hallan de alguna manera anticuadas, al tiempo que ven, por otra parte, cerrarse prácticamente las puertas de los mercados de exportación por falta de competitividad⁵⁶.

Conviene sin embargo tener presente a la hora de evaluar este aspecto, que la falta, en los Estados adquirentes, de un mercado de la talla y capacidad suficiente para absorber los productos generados con las modernas técnicas importadas, la insuficiencia de mano de obra especializada y el riesgo de desadecuación de los factores internos, son entre otros, elementos que pueden aconsejar la compra de una tecnología menos avanzada. Así lo ha entendido un sector de la doctrina que siguiendo los pasos de Schumacher ha postulado la idea de una accesión progresiva y escalonada a los niveles tecnológicos superiores, pasando previamente por lo que ha venido a conocerse como *soft-technology*. Esta «tecnología blanda» no es, como recuerda Marqués dos Santos, una tecnología «de saldo»; se trata de una tecnología intermedia, adaptada a las condiciones socioeconómicas de los países en desarrollo y caracterizadas principalmente por las siguientes notas:

55. PUENTE FERNÁNDEZ DE ULIBARRI, F., «Los problemas económicos...», *cit.* págs. 38-9; FLORES GÓMEZ, T., «Incidencias de la tecnología extranjera en la estructura económica española», *Seminario sobre adquisición...*, *cit.* págs. 43-57; TENESSA, A. P., «La transferencia de tecnología», *cit.* pág. 411; TEITEL, S., «Tecnología, industrialización...», *cit.*, pág. 604.

56. FLORES GÓMEZ, T., «Incidencias de la tecnología...», *cit.* pág. 49.

bajo costo, utilización de primeras materias de origen local, creación de empleo y aumento de la capacidad productiva de la comunidad⁵⁷. Por otra parte, es preciso abordar, como apunta Tenessa⁵⁸, esta cuestión, con un mínimo de realismo, y comprender, que no es fácil que en la práctica las cosas puedan suceder de un modo distinto. Y ello por dos razones fundamentales: el alto costo de la investigación tecnológica de una parte, el cual da lugar a que las empresas no se desprendan de una determinada tecnología hasta que la han amortizado; y la finalidad última que con la misma se persigue, de otra, pues si lo que en definitiva se pretende es conseguir una cierta posición de superioridad sobre los demás, es evidente que nadie va a proporcionar a un eventual competidor la tecnología que le sirva de base; por ello, cuando una nueva tecnología sale al mercado, es porque ya se ha amortizado su costo y porque ya se posee otra más avanzada en cartera.

Desde este punto de vista es cierto que los países en vías de desarrollo adquieren una tecnología de segunda mano, pero como indica Tenessa, es este un dato, negativo sin duda, pero hoy por hoy inevitable, mientras el mercado de la tecnología y la cooperación internacional no se organicen y entiendan en una forma más progresista. Convicne por todo ello que los Estados importadores sean conscientes de que la tecnología que se transfiere, aunque usada, sigue siendo en la mayor parte de los casos todavía útil y aprovechable, constituyendo al propio tiempo una base de partida en absoluto desdeñable, por lo que su actitud debería de estar inspirada por un profundo sentido práctico, «no sea, que el afán de tener lo mejor les impida servirse de lo bueno».

5. *La ausencia de infraestructura científica y la «transferencia inversa» de tecnología.*

Se ha dicho, que mientras se descuide el fomento de la investigación tecnológica, los países tecnológicamente atrasados deberán de seguir dependiendo externamente, y que de resultas de esa importación, se perpetuará la dependencia⁵⁹. El círculo pa-

57. MARQUÉS DOS SANTOS, A., «Contribution a la critique du concept de technologie intermediaire», *Revue Tiers-Monde*, 1976, págs. 63-80

58. TENESSA, A. P., «La transferencia de tecnología», *cit.* pág. 410.

59. PARRA MORALES, D. O., «Aspectos jurídicos y económicos de la transferencia de tecnología y los principios de la Carta», en el colectivo *Derecho*

rece de esta suerte completamente vicioso, y ello explica que se haya puesto alguna vez de manifiesto la dificultad en determinar si el subdesarrollo científico es causa o efecto de la dependencia tecnológica; ¿se depende tecnológicamente por falta de una investigación suficiente, o precisamente porque se ha optado por la vía de la importación de tecnología se descuidan las tareas de investigación? En realidad no cabe un planteamiento tan radical, y la contraposición entre investigación propia e importación de tecnología es, como ha puesto de manifiesto Fernández Marina, más aparente que real, puesto que en el fondo la relación entre ambas es de complementariedad, al apoyarse y potenciarse mutuamente⁶⁰. En todo caso es claro que la eficacia de la adquisición derivativa de tecnología se halla en buena medida en función del nivel tecnológico del país importador, de suerte que, no sólo su correcta explotación y aprovechamiento, sino también el acierto en la elección de la más adecuada a los factores internos depende de la infraestructura científica y técnica que en aquél se haya creado.

Frente a esta realidad resulta lamentable observar que la debilidad cualitativa y cuantitativa de los recursos dedicados a la investigación, es una constante en los Estados tradicionalmente adquirentes. Cabe en efecto señalar, que frente a unas inversiones en I-D que se sitúan en los países avanzados en torno al 2 % del producto nacional bruto, los gastos que por este concepto se llevan a cabo en los Estados dependientes, no superan generalmente el 0,3 %⁶¹.

Esta incapacidad para generar y difundir el conocimiento, encuentra asimismo un cierto reflejo en lo que ha venido a conocerse como *balanza de patentes* de cuyo examen, en una perspectiva internacional, resulta que el número de solicitudes de inscripción de patentes extranjeras en los países en desarrollo representa, por término medio, el 80 % del total, mientras que respecto a ese mismo total, la media de solicitudes de inscripción en el extranjero de patentes nacionales, apenas alcanza el 10 %⁶².

Por lo que toca particularmente a España, cabe poner de manifiesto la escasa relevancia que han tenido hasta hace rela-

económico internacional. Análisis jurídico de la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados, México 1976, págs. 281-98, espec. pág. 291.

60. FERNÁNDEZ MARINA, E., «Incentivos a la transferencia de tecnología en España» (ponencia presentada en el Seminario sobre incentivos..., *cit.*) *Economía Industrial*, n.º 103/1972, págs. 89-97.

61. *Cfr. Naciones Unidas. Anuario estadístico*, diversos años.

62. *Cfr. Boletín estadístico de la OMPI*, diversos años.

tivamente poco tiempo las consideraciones que preceden⁶³, y la debilidad crónica de los esfuerzos desplegados en las actividades de investigación, como evidencia efectivamente el hecho de que la cifra invertida es este concepto haya evolucionado en el período 1967/75 del 0,21 % al 0,37 % del producto nacional bruto⁶⁴.

Y es que la investigación y los investigadores han estado tradicionalmente considerados en España como algo separado de los restantes sectores de la economía⁶⁵; de ellos se ha dicho, que han constituido una actividad y una clase al margen del interés popular, a quien ni empresarios, ni el Gobierno, ni el país en general, han prestado la atención debida⁶⁶.

En este contexto, no resulta difícil comprender la realidad de un fenómeno tristemente célebre, que ha venido a agravar todavía más la posición de los Estados menos favorecidos. Nos referimos a lo que ha venido a conocerse como *transferencia inversa de la tecnología*, esto es, el éxodo de personal capacitado de los países en desarrollo, técnicamente atrasados, hacia los países desarrollados, que cuentan con una capacidad tecnológica infinitamente superior. Este fenómeno, que ha cobrado en los últimos años grandes proporciones ha contribuido a hacer todavía más profunda la brecha que separa a los Estados importadores de aquéllos tecnológicamente desarrollados de quienes de-

63. En el estudio realizado por la Asociación Nacional de Fabricantes de Bienes de Equipo (*SERCOBE*), se señala que no ha sido sino en los años 74/75 que se ha llegado al reconocimiento de la investigación aplicada como motor de tecnologías autóctonas y como factor económico de gran importancia para cualquier país en desarrollo.

64. Cfr. en general sobre esta cuestión, MATEO, J. L., «El desarrollo tecnológico en España», *Economía Industrial*, n.º 142/1975, págs. 35-43; CENDÁN BLANCO, A. y PIZARRO ALAMÓS, R., «Tecnología y desarrollo», *cit.* págs. 17-24.

65. TRIANA, E., *¿Qué es la dependencia...?*, pág. 39.

66. LLADÓ FERNÁNDEZ-ÚRRUTIA, J., «La administración pública ante la investigación tecnológica» (ponencia presentada en el Seminario sobre incentivos..., *cit.*), *Economía Industrial*, n.º 103/1972, págs. 11-9, resumiendo los problemas de la investigación en España como sigue: «el lector de la investigación cuenta con medios modestos aún, y se aprecia una falta de coordinación de esfuerzos y de elección de objetivos prioritarios; está muy lejos de ser considerado como otro sector productivo, sin sentido claro de la productividad y sin aplicársele una vigilancia de su gestión, naturalmente teniendo en cuenta sus características y entornos peculiares, y creemos por fin, que no existe una conciencia clara de la necesidad de la investigación privada así como unos medios oficiales deficientes para su reestructuración. La política científica actual basada en el hombre a quien hay que tratar con largueza, debe pues, intentar suprimir las dificultades señaladas, incidiendo de manera directa y urgente en las estructuras y de manera gradual en la financiación de la investigación».

penden, pues el éxodo no sólo presenta de cara a los primeros el doble filo de la pérdida de personal capacitado propiamente dicho, a la que ha de sumarse la que para el país en desarrollo ha eventualmente supuesto el costo de su formación, sino que desde la perspectiva del Estado receptor, de ese capital humano, se produce un doble beneficio que se traduce en el aumento, de una parte, de personal capacitado, y en la ganancia, de otra, que deriva del hecho de no tener que costear su formación⁶⁷.

SECCIÓN 2.^a

Los mecanismos de transferencia y las prácticas restrictivas de la competencia

1. Aspectos generales.

Una de las cuestiones que sin duda son en nuestros días objeto de principal y constante preocupación en los Estados en desarrollo, es la relativa a los efectos que en sus intereses, particularmente aquellos relativos a la exportación, tienen las prácticas comerciales restrictivas adoptadas por empresas privadas de los países desarrollados.

La importancia y trascendencia del tema, en cuanto que tales comportamientos pueden comprometer seriamente el comercio y el desarrollo de los Estados menos industrializados, ha justificado igualmente su estudio y discusión en el marco de distintas organizaciones internacionales como la OCDE, la OMPI, y señaladamente la UNCTAD, que en uno de los numerosos informes⁶⁸, dedicados al mismo ha identificado y clasificado tales prácticas en tres grandes categorías, a saber: a) actividades concertadas de empresas de los países desarrollados de economía de mercado para controlar las condiciones en que determinadas importaciones entran en los mercados de estos países; b) res-

67. Cfr. acerca de los efectos económicos de este fenómeno, el estudio realizado por la Secretaría de la UNCTAD, *La transmisión inversa de tecnología*, TD/B/AC.11/25/Rev.1, Nueva York, 1974.

68. Cfr. los informes de su Secretaría, *Prácticas comerciales restrictivas*, TD/122, de 22 de Diciembre de 1971; TD/122/Sup.1, de 7 de Enero de 1972; TD/122/Sup.1/Cor.1, de 27 de Marzo de 1972, así como también el informe del Grupo especial de expertos, *Prácticas comerciales restrictivas relacionadas con el comercio y el desarrollo de los países en desarrollo*, TD/B/AC.2/119/rev.1, de 30 de Marzo de 1973.

tricciones, implícitas y explícitas, impuestas a las actividades de exportación de empresas en países en desarrollo; c) actividades concertadas de empresas de países desarrollados en la esfera de las exportaciones que pueden influir en las posibilidades de exportación en los países en desarrollo.

Excedería obviamente los límites de este trabajo, el examinar en detalle cada una de las prácticas que pueden influir desfavorablemente en el comercio y en el desarrollo. La perspectiva elegida es más limitada, y desde ella nos interesa únicamente señalar aquellas que se presentan conectadas con los procesos de transferencia, o mejor, como una negativa consecuencia de los mismos. Desde este particular punto de vista, y supuesto que, como ha quedado dicho, la tecnología se transmite básicamente por el cauce de la inversión extranjera directa y de la contratación específica, nos limitaremos a aquellas prácticas que son fruto, de una parte, del control que las empresas extranjeras, generalmente multinacionales, ejercen sobre las actividades de sus filiales y, de los acuerdos, principalmente de licencia y de *know-how*, de otra.

2. Prácticas restrictivas, relaciones con las actividades de las sociedades multinacionales.

La positiva función que en la transmisión de la tecnología corresponde a la inversión extranjera directa, puede verse fácilmente anulada por los costes indirectos que con frecuencia entraña. Y es que como se ha señalado, los intereses y objetivos de la sociedad o empresa multinacional, principal protagonista de este fenómeno, no siempre coinciden con las metas socio-económicas de los países receptores en las que actúan. Estos costos indirectos se traducen principalmente en la realización por la multinacional de determinadas prácticas restrictivas⁶⁹, de orden básicamente comercial, las cuales pueden hallarse explícitamente contenidas en los correspondientes contratos de inversión, o constituir, como más frecuentemente sucede, el resultado implícito del control ejercido por la compañía matriz sobre las actividades de su filial extranjera, lo que ha permitido a un autor afirmar que «*the hopes and dreams of developing countries to*

69. Obsérvese que no se trata aquí de abordar globalmente las prácticas restrictivas realizadas por las empresas multinacionales, sino únicamente aquellas que se hallan conectadas con la transferencia de la tecnología a través de la inversión directa.

*benefit from the transfer of technology by transnational companies are more a myth than a reality*⁷⁰.

En su informe de 30 de marzo de 1973, el Grupo especial de expertos designado por el Secretario General de la UNCTAD, en virtud de la *Resolución 73 (III) de 19 de mayo de 1972*, examinaba las prácticas de las multinacionales, clasificándolas en las categorías siguientes⁷¹:

a) acuerdos de asignación territorial de los mercados y sobre la producción que, pueden tener más particularmente por objeto, el restringir el ritmo de explotación (contingentes de producción), o el limitar la libertad de exportación, sometiendo por lo general ésta autorización previa, o asignando o prohibiendo determinadas regiones geográficas (distribución territorial de mercados).

b) restricciones en la concesión de patentes y marcas y en el suministro de conocimientos técnicos.

c) políticas de fijación de precios, en una doble vertiente: de una parte, la de los llamados precios de transferencia, esto es, los precios que se practican en las operaciones internas al grupo, fijados, en unas ocasiones, en atención a consideraciones de orden fiscal, como en el célebre caso «Hoffmann-La Roche»⁷², con la finalidad de minimizar la responsabilidad fiscal de la sociedad en su conjunto, o con el deseo de limitar o incrementar los beneficios realizados por las filiales en función de la política impositiva de los países en donde éstas se hallan ubicadas; y en otras, por razones de tipo financiero general, al objeto de trasvasar fondos a zonas de moneda segura o donde puedan aprovecharse tipos de interés más elevados.

De otra parte, la de los precios de venta del producto final en un determinado país, en orden a eliminar a otros competidores ya existentes, o a disuadir a los que podrían eventualmente entrar en el mercado (supuestos de venta internacional con pér-

70. ARIFFIN, K., «Transfer of technology: myth and reality», en el colectivo *The importance of the patent system to developing countries*, Ginebra 1977, págs. 85-95.

71. Coincide también con esta clasificación el Comité de prácticas restrictivas de la OCDE, que en su estudio *Las prácticas comerciales restrictivas de las empresas multinacionales*, cit., por DARANAS, M., «Empresa multinacional, competencia y monopolio» en el colectivo *Empresas multinacionales y derecho español*, coordinado por CREMADES, B. M.^a, Madrid 1977, págs. 4.

72. Cit. por DARANAS, M., «Empresa multinacional...», cit., pág. 436.

dida), o también la de la discriminación internacional de precios, es decir la fijación de distintos niveles de precio según países, como se puso, por caso, de manifiesto en el asunto «W. E. A. Phillipachi Music S. A.», zanjado por la decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 22 de diciembre de 1972 ⁷³.

d) reducción del nivel de competencia, como consecuencia de procesos de concentración industrial, bien por vía de creación de una filial común por empresas multinacionales, como en el caso de la «Bobay», creada por la firma americana «Monsanto Co.» y la alemana «Bayer»; bien por vía de la absorción de firmas extranjeras por mutlinacionales con sede en el país que ha de sufrir la práctica restrictiva, como sucedió en el asunto «Jos Schlitz», bien por la vía de absorción por firmas extranjeras de sociedades nacionales, como en los casos «Ciba-Geigy», AEG-Telefunken», o «Continental Can» ⁷⁴.

e) restricciones conectadas con la política de patentes, y particularmente las derivadas de una política de hostigamiento procesal a la pequeña y mediana empresa, creadora de técnicas propias pero de alguna forma parecidas a las patentadas por la multinacional que, aún sin razón, opta por una persecución judicial sistemática que aquella no puede económicamente soportar. También, las que son fruto de los llamados consorcios de patentes, en virtud de los cuales, dos o más empresas, parte o no de un mismo grupo, ponen aquellas que le son propias, a su recíproca disposición, comprometiéndose, en perjuicio de quienes no forman partel del *pool*, por no tener nada que ofrecer, a no conceder licencia alguna, y a repartirse de esta suerte, el mercado, como de hecho ocurrió en el caso «Imperial Chemical Industries-Du Pont de Nemours».

3. *Prácticas restrictivas relacionadas con las patentes y el know-how.*

En la búsqueda de alternativas que permitan la realización del proceso de transferencia sin recurrir al capital que da el control al inversionista extranjero ni asumir los inconvenientes que la utilización de este cauce entraña para el Estado adquirente, se hallan los acuerdos de licencia.

73. *Ibid.* pág. 435.

74. *Ibid.* págs. 439-47.

Es sabido sin embargo que la investigación sistemática en torno a este tema, por lo que respecta al menos a los países en desarrollo, ha venido a descubrir que las ventajas, que desde el punto de vista de la libre concurrencia parece a primera vista ofrecer, frente a la inversión extranjera, este medio y transmisión, resultan completamente ilusorias; y ello, porque, de una parte, no es fácil disociar en su totalidad, la tecnología del capital, o cuando menos, de la dirección necesaria para aplicarla o para buscar mercados en que resulte adecuada, de suerte que su transferencia en condiciones satisfactorias se revela particularmente difícil en ausencia de todo control por parte del transmitente⁷⁵; y de otra parte porque la posición dominante en la que de hecho se halla colocado el potencial cedente sustituye satisfactoriamente a toda posible carencia de control derivada de vínculos de orden financiero, permitiéndole llegar en la negociación, de los distintos acuerdos, a resultados que apenas difieren de los que hubiera alcanzado, caso de detentar tal control, y que se traducen en una serie de prácticas abusivas que restringen la libertad del cesionario.

Una diferencia entre unas y otras, podría quizás encontrarse en la forma de exteriorizarse y, consecuentemente, en la mayor o menor facilidad para hacerles frente. En efecto, las restricciones que derivan de la relación matriz-filial no suelen tener un reflejo escrito o formal ni revisten por lo general carácter jurídico (*restricciones implícitas*), sino que son más bien, fruto de acuerdos de carácter oficioso o privado, y por ello, la prueba de su existencia y ulterior represión, no resulta siempre posible ni fácil. Por el contrario, las limitaciones que encuentran su razón de ser en una licencia o cesión de patente o de *know-how*, se manifiestan y esplicitan en los distintos instrumentos contractuales, y su fiscalización y sanción resulta, al menos teóricamente, más simple (*restricciones explícitas*).

En un informe preparado conjuntamente por el Departamento de asuntos económicos y sociales de las Naciones Unidas, la Secretaría de la UNCTAD y la Oficina internacional de la OMPI⁷⁶, se llegó, sobre la base de datos publicados y de las respuestas formuladas por un importante número de países a

75. Cfr. el informe de la Secretaría de la UNCTAD, *Las inversiones privadas extranjeras y su relación con el desarrollo*, TD/134, pág. 85.

76. Se trata del conocido trabajo *La función del sistema de patentes en la transmisión de tecnología a los países en desarrollo*, TD/B/AC.11/19/Rev. 1, Nueva York 1975.

cuestiones preestablecidas relativas a la transmisión de tecnología, al establecimiento de una relación, comprensiva de hasta 22 tipos de prácticas restrictivas, que se concretan básicamente en las siguientes ⁷⁷:

a) *restricciones a las exportaciones* mediante el establecimiento de ciertas limitaciones, que pueden concretarse, en una prohibición total de exportar; en la exigencia de autorización previa; en la prohibición o autorización de exportar sobre ciertos países determinados; en la prohibición de exportar sucedáneos; en la fijación de cuotas; en el control de los precios de exportación; en el señalamiento, en fin, de canales determinados para la tramitación de las exportaciones.

b) *vinculación de las compras* de primeras materias, bienes de capital, productos intermedios o piezas de repuesto, imponiendo determinadas fuentes de suministro (generalmente el propio cedente). La imposición de este tipo de cláusulas ha tratado de justificarse en base a razones de tipo técnico, o para garantizar la calidad del producto, sin embargo resulta casi siempre cierto que aquellas no constituyen sino un cauce más, a través del cual el cedente trata de incrementar su margen de beneficios a través de una sobrevaloración de estas compras, con lo que nos situamos ante los llamados «arreglos contables de transmisión» y «precios de transferencia». Se ha creado así un monopolio de oferta, y el cesionario pierde la posibilidad de aprovisionarse en el mercado mundial a precios posiblemente más ventajosos.

c) *cánones o royaltys improcedentes*, por responder, por ejemplo, a patentes no utilizadas efectivamente por el licenciatario, o por no guardar proporción con la tecnología adquirida, o por afectar a todo el proceso de fabricación de un producto sin señalamiento de plazos, pues el contrato de licencia no puede superar, obviamente, el límite temporal de la propia patente.

77. A similares conclusiones llegó también el Grupo especial de expertos designados por el Secretario General de la UNCTAD, en su informe *Prácticas comerciales restrictivas relacionadas...*, cit. págs. 2-5; cfr. también sobre esta cuestión los distintos informes de la Secretaría (TD/122, TD/122/Sup.1, TD/122/Sup.1/Cor.1) todos ellos cit., así como el relativo a las *Principales cuestiones que plantea la transferencia de tecnología a los países en desarrollo*, TD/B/AC.11/10/Rev.2; debe asimismo consultarse el informe del comité de expertos en materia de prácticas comerciales restrictivas de la OCDE, *Pratiques commerciales restrictives relatives aux brevets et aux licences*, 1972.

También, cánones discriminatorios, según se trate de productos fabricados para la exportación, o para el mercado interior.

d) concesión de *licencias conjuntas*, de suerte que el titular de un conjunto de patentes referidas a un determinado sector de la producción, rechaza la posibilidad de cederlas aisladamente, por lo que el potencial cesionario vendrá obligado a aceptar el boque, si desea obtener a licencia de aquélla que realmente necesita.

e) *limitaciones a la utilización de la tecnología* que se transmite, y que pueden referirse ya al ámbito de uso de una patente como cuando su titular conceda licencia para una utilización restringida del objeto de la misma, negándose a autorizar el uso pleno de la invención, tal como sucedió en el asunto que enfrentó a «AEG-Telefunken» con diversas firmas japonesas en relación con la concesión de la licencia de patentes relativas al sistema PAL de televisión en color⁷⁸; ya a la forma de utilización, como cuando, por caso, el cedente se reserva el derecho de designar el personal que ha de emplear el cesionario, con el consiguiente riesgo de recurrir en exceso a los técnicos extranjeros en perjuicio de los nacionales; ya al desarrollo y mejora de la misma, como ocurre por ejemplo, cuando se limitan las actividades de investigación del licenciatarario o sus posibilidades de introducir modificaciones en los procesos de fabricación, impidiendo quizás con ello, la adaptación de la tecnología importada a las condiciones locales, o cuando se obliga a aquél a una comunicación de mejoras a la que no corresponde el cedente (disposiciones de retrocesión); ya, al plazo de utilización, prohibiendo ésta incluso después de la expiración del acuerdo, o de la patente.

f) exigencia de *garantías sobre los futuros beneficios* del cedente, y que se refieren a posibles modificaciones introducidas en el país del cesionario en materia por ejemplo de política social, fiscalidad, derechos de repatriación u otras que puedan afectar negativamente a aquéllos.

g) *limitaciones de orden jurídico*, que, se traducen por la obligación impuesta al cesionario de no impugnar la validez de las patentes cuyo uso se le transmite, por la imposición como texto auténtico de la versión redactada en el idioma (extranjero) propio del cedente, o por la sumisión del acuerdo a la ley o a los tribunales de éste.

78. Cit. por DARANAS, M., «Empresa multinacional...», cit., pág. 450.

SECCIÓN 3.^a*Los problemas que plantea la inversión directa en la transferencia internacional de tecnología*

1. Aspectos generales.

El que la inversión directa contribuye eficazmente al desarrollo económico de los Estados, es hoy un hecho comprobado que ya casi nadie se atreve a discutir. Del mismo modo, se acepta sin dificultad que la inversión extranjera es, con ciertas reservas ya apuntadas, cauce de difusión de la tecnología. Sin embargo, no es menos cierto que el hecho de esa misma inversión, entraña —puede entrañar— una serie de costos indirectos susceptibles de anular, y aún de superar, los beneficios que de la misma pueden obtenerse. Por ello, principalmente a partir de los países en desarrollo, se han dirigido duras críticas a los efectos de la inversión extranjera, habiéndose sugerido que «sólo deben admitirse las inversiones privadas extranjeras cuyos beneficios para el país en desarrollo contrarresten con creces sus costos»⁷⁹.

Como siempre, el problema fundamental consiste pues, en conciliar los intereses privados del inversor extranjero, en general una empresa, y cada día con mayor frecuencia una empresa multinacional, conectados esencialmente en la maximización del rendimiento de la inversión, con los del Estado destinatario, preocupado básicamente por su desarrollo socio-económico⁸⁰.

79. Cfr. el informe de la Secretaría de la UNCTAD, *Las inversiones privadas...*, cit. Por su parte señala PARRA MORALES, D. O., «Aspectos jurídicos y económicos...», cit. pág. 284, que «si se utiliza el mecanismo de la inversión extranjera para el desplazamiento del intangible, se puede correr un doble riesgo difícilmente evitable como hecho concreto: a) que la tecnología no contribuya al desarrollo económico y social del país receptor, y b) que desde el punto de vista cambiario, se induce más fácilmente al inversionista a mantener reembolsos ocultos y atípicos dentro de un esquema de estricto control de los recursos de cambio exterior». Cfr. también en parecido sentido, MENDOZA BERRUETO, E., «La transferencia de tecnología y las inversiones extranjeras en la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados», en el colectivo *Justicia económica internacional. Contribución al estudio de la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados*, México 1976, págs. 137-63, espec. pág. 146.

80. Obsérvese que el conflicto se produce incluso a nivel de Estados desarrollados, donde como se señala en el citado Informe de la UNCTAD, TD/134, la actividad derivada de la inversión puede ir en contra de ciertos objetivos generales, como la política antimonopolio o de defensa del medio ambiente o de desarrollo regional.

En este sentido interesa observar que no es fácil determinar anticipadamente si un determinado proyecto de inversión resulta o no, y en qué medida, socialmente útil para el Estado receptor, y que no existe una fórmula conciliatoria ideal aplicable a todos los casos, pudiendo quizás únicamente señalarse como líneas a seguir, la oportunidad de combinar adecuadamente la estabilidad que desde el punto de vista del inversor extranjero han de tener las condiciones básicas del acuerdo (en materia por ejemplo, de repatriación de beneficios, o de dirección del negocio), con la obligada flexibilidad que desde la perspectiva del Gobierno han de tener aquellas a lo largo del tiempo, en función de la evolución de las circunstancias económicas y políticas⁸¹.

Pero no es objeto del presente trabajo el abordar globalmente el análisis de la función que la inversión extranjera cumple en el desarrollo, sino únicamente el del papel que ésta juega en el proceso de transmisión de la tecnología, y en este sentido considerada, como vehículo de transferencia, la inversión extranjera privada y directa, plantea problemas específicos, como son por caso, el de su valoración, cuando se lleva a cabo bajo la forma de una cierta aportación tecnológica, y el de su frecuente vinculación práctica con los genéricamente llamados acuerdos de transferencia de tecnología.

2. *La valoración de la tecnología como aportación social.*

En el marco de determinados sistemas, se admite que la inversión extranjera pueda encarnarse en un cierto paquete tecnológico y aportarse al capital social de una empresa⁸².

81. UNCTAD, *Las inversiones privadas...*, cit., TD/134.

82. Así sucede por ejemplo en España, al amparo de lo dispuesto en el art. 2-1.º del Reglamento de inversiones extranjeras de 31 de Octubre de 1974 (*BOE de 6 de Noviembre*) donde se dice que «las inversiones extranjeras podrán realizarse: ...c) aportando directamente a una empresa asistencia técnica, patentes o licencias de fabricación extranjera»; del mismo modo en Argentina, de acuerdo con la Ley n.º 21382, sobre el nuevo régimen de inversiones extranjeras, cuyo art. 3.º dispone que «la inversión extranjera podrá efectuarse en: ... 5) bienes inmateriales de acuerdo con la legislación específica», y también en Portugal, sobre la base del Código de inversiones extranjeras de 26 de marzo de 1976, en donde se indica, en el art. 2, que tendrán la consideración de inversión extranjera directa «todas las contribuciones que provengan del extranjero efectuadas por personas individuales o colectivas extranjeras, no sólo para actividad empresarial propia, sino también para el capital de sociedades ya constituidas o a constituir en Portugal, siempre que se destinen a apoyar el desarrollo económico y so-

La especificidad de esta inversión, sobre todo cuando se trata de tecnología no patentada, plantea en la práctica importantes problemas valorativos, pues es éste un sector en el que como recuerdan Alvarez Pastor y Eguidazu⁸³, no existen criterios de referencia, y donde una mínima innovación puede tener un valor extraordinario. El problema carecería sin embargo de buena parte de la importancia que se le atribuye, si su solución no incidiera sino en la esfera privada, pues entonces, el riesgo de sobrevaloración, o minusvaloración, del capital tecnológico aportado por el socio extranjero, traería como único efecto, una pérdida o un beneficio adicional para parte nacional; en definitiva, todo habría dependido de la habilidad negociadora de cada uno de los futuros socios, y pocos o ninguno llorarían por el menos avezado⁸⁴.

Por la realidad es, que el hecho de la inversión extranjera pone en juego, además de los particulares intereses de las partes, y como consecuencia de los también particulares derechos atribuidos al inversor extranjero (a repatriar dividendos por ejemplo), intereses superiores, de carácter público (como, por caso el equilibrio de la balanza de pagos), que es preciso proteger de forma especial⁸⁵. Es por ello que los ordenamientos en los que se aceptan este tipo de inversiones suelen someter la viabilidad de las mismas al juicio favorable que, especialmente en relación

cial del país, y cualquiera que sea la forma que asuman, siempre que esté autorizada en la ley». Esta posibilidad se halla sin embargo excluida por la Decisión n.º 24 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, a tenor de la cual (art. 21), «las contribuciones tecnológicas intangibles darán derecho al pago de regalías, previa autorización del organismo nacional competente, pero no podrán computarse como aporte social».

83. ALVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU, F., *Control de cambios...*, cit. pág. 669.

84. Nótese sin embargo, que incluso en estos casos dominados por la autonomía privada, la ley trata de proteger frente a los abusos de los más fuertes los intereses de los demás socios, no necesariamente por lo tanto los menos avezados, estableciendo procedimientos especiales de revisión al efecto, como por ejemplo el previsto en el art. 32 d la Ley de Sociedades Anónimas española.

85. En este sentido, LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La contratación en España por extranjeros*, Madrid 1974, pág. 677; WERTH, D., «La aportación de tecnología y bienes de equipo de origen extranjero», en el colectivo *Empresas multinacionales y...*, cit. pág. 410, donde señala que «el control de la Administración de la valoración tiene como finalidad evitar valoraciones excesivas que pudiera quizás imponer el aportante extranjero, bien para incrementar sus derechos de repatriación, o aumentar las posibilidades de acceso al crédito interior de la empresa en la que invierte».

con los valores asignados, emitan con carácter previo los órganos administrativos competentes⁸⁶.

La fiscalización administrativa traduce pues, en suma, el deseo de llegar a valoraciones reales, evitando principalmente la creación de derechos de transferencia aparentes mediante la supervaloración de las aportaciones no dinerarias⁸⁷.

En este punto, interesa preguntarse por los criterios que la Administración ha de manejar en orden a orientar su valoración; sin embargo, nada encontramos en los diferentes textos legales, que, una vez sentado el principio de la primacía de la valoración administrativa, guardan el más absoluto silencio acerca de la forma en la que éste habrá de llevarse a cabo. El problema en definitiva que se plantea, es el de la valoración del intangible, y ante tal situación, cabe pensar que no hay razón para que esta valoración deba diferir de la que se tendría en cuenta a los efectos del pago de los derechos arancelarios, caso de que la tecnología que se adquiere fuera objeto de una importación, pues de alguna forma nos encontramos aquí también, ante una transacción en la que el precio por pagar se concretiza en la entrega de un determinado paquete de acciones. Claro es que en nuestra perspectiva, la investigación en orden a determinar el valor real de los bienes importados (aportados) tenderá normalmente, a una corrección a la baja, pues, como hemos señalado, el interés privado del inversor tecnológico extranjero tiende aquí, al contrario de lo que sucede cuando se trata de la importación de mercancías sujetas al pago de derechos *ad valorem*, a una sobrevaloración de los mismos; pero esta circunstancia no ha de privar de su valor y utilidad, ni debe por ello impedir que la búsqueda de los criterios valorativos, se oriente naturalmente hacia las normas dictadas en orden a la determinación del «valor en Aduana» de los bienes importados, a los efectos de practicar las correspondientes liquidaciones tributarias.

La cuestión podría pues deducirse a fijar el «valor en Aduana»

86. Cfr. para España, el art. 2.1.3. del Reglamento de inversiones extranjeras, en virtud del cual, «la aportación de asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación extranjera, habrá de hacerse previa la autorización de sus contratos y su valoración por los organismos competentes. Para Argentina, el art. 3.º *in fine* de la Ley n.º 21382 que dispone «que las inversiones de capital extranjero que se efectúen de acuerdo con la presente Ley, serán registradas en la moneda extranjera que corresponda en las condiciones que fije la reglamentación, que también determinará las pautas de evaluación de los bienes indicados en los incisos 2 y 5 y las condiciones de admisión de los aportes a que se refiere el inciso 6.

87. ALVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU, F., *Control de cambios...*, cit. pág. 668.

de una determinada tecnología, y si bien es cierto que los textos legales suelen rara vez contemplar a la tecnología como mercancía en sí misma, refiriéndose por lo general a la tecnología incorporada a una determinada mercancía, a cuyo precio deberá normalmente sumarse con el fin de establecer e vaor en aduana, es claro que los criterios de valoración utilizados con este fin, pueden resultar de hecho, enormemente ilustrativos y permiten quizás, llegar por extrapolación, a la formulación de otros más generales, en orden a cuantificar económicamente una determinada aportación tecnológica.

En esta línea puede decirse que es un buen índice a la hora de apreciar la realidad del valor asignado a un cierto paquete tecnológico, la suma de los cánones o royaltys que la sociedad destinataria, habría de pagar caso de haber adquirido la tecnología por vía de un contrato de licencia o de asistencia técnica.

Del mismo modo podrán igualmente tenerse en cuenta, la evolución de la técnica, y el producto probable o efectivo de la venta, por parte de la sociedad receptora, de la técnica que se adquiere⁸⁸, o el precio, en fin, que al potencial inversor extranjero le ha costado desarrollar la tecnología que aporte.

3. *Inversión extranjera y contratación de tecnología.*

La perspectiva adoptada nos ha permitido hasta ahora presentar los fenómenos de la inversión extranjera y de la contratación específica de tecnología como cauces alternativos de transferencia. Interesa sin embargo poner de relieve el hecho de la frecuente coincidencia o simultaneidad práctica de los mismos, de suerte que la existencia de contratos de transferencia de tecnología entre la sociedad matriz y su filial extranjera se convierte en un corolario casi obligado del hecho de la inversión⁸⁹.

88. WERTH, D., «La aportación de tecnología...», *cit.* pág. 410.

89. En el trabajo de PÉREZ, R. J. y RIGHI, E. J. A., «El sistema de propiedad industrial y la Carta de derechos y deberes de los Estados», colectivo *Derecho económico internacional...*, *cit.* págs. 299-339, se pone de manifiesto cómo en 1971, en México, el 80 % de los pagos realizados al exterior por asistencia técnica fueron realizados por empresas filiales. A similar conclusión se llega en el informe de la Secretaría de la UNCTAD, *Principales cuestiones que plantea la transmisión de tecnología. Estudio monográfico sobre España*, de 17 de Abril de 1974, TD/B/AC.17, de donde resulta que en el año 1972, el 70 % de los pagos efectuados en concepto de transmisión de tecnología, emanó de empresas con participación extranjera conocida en su capital social.

Desde el punto de vista de la sociedad matriz, la simbiosis no puede ser más afortunada; en efecto, la conclusión de un acuerdo oneroso, específico para la transmisión de una tecnología, de la que por otra parte habría en alguna medida de desprenderse como consecuencia natural de la inversión realizada, abre al inversor extranjero un nuevo cauce de repatriación de beneficios, tanto o más interesante que el de los dividendos; y ello no sólo por el volumen que los *royaltys* puedan llegar a alcanzar⁹⁰, sino también, porque este tipo de ingresos, fruto por lo general de la aplicación de un porcentaje sobre la cifra de negocios, es independiente del resultado del ejercicio económico, y por ende, mucho más seguro. De otra parte, el aseguramiento de una rentabilidad por vía de *royaltys* resulta mucho más interesante desde un punto de vista económico, pues los impuestos que de esta forma habrán de satisfacer⁹¹, serán normalmente, muy inferiores a los que gravan al beneficio empresarial, del que sólo tras la correspondiente imposición podrán detraerse los dividendos a repartir.

En fin, la contabilización del *royalty* como gasto de explotación permite asimismo reducir el beneficio social de la filial y consecuentemente la cifra de impuestos a pagar⁹².

Esta estrecha relación entre inversión y contrato, es mirada por el contrario, con un cierto y natural recelo por las autoridades del país donde la filial tiene su sede, y ello porque, aceptándose como uno de los objetivos perseguidos por la empresa multinacional, es lógico sospechar que en un cierto número de casos,

90. En su trabajo, «Las inversiones extranjeras en España: 1959-1974. Una vía al desarrollo», *Información Comercial Española*, Septiembre/1974, págs. 13-20, señalan VARELA PARACHE, F. y RODRÍGUEZ DE PABLO, J., que en el año 1973 los pagos por patentes y asistencia técnica excedieron en un 37 % la repatriación de beneficios del capital extranjero en España, lo que puesto en contacto con lo que se indica en la Nota 89 anterior, da idea de la magnitud del fenómeno.

91. Así por ejemplo, en España, el pago de los *royaltys* ha estado hasta fecha muy próxima sujeto a la previa liquidación del impuesto sobre las rentas del capital y sobre las transmisiones. Esta situación ha cambiado con la Ley 61/1978 de 27 de Diciembre del impuesto sobre sociedades (*BOE del 30*) que en su art. 7-b sujeta al impuesto a «las contraprestaciones por toda clase de servicios, asistencia técnica (...)», resultando asimismo relevantes a este respecto desde el punto de vista de la práctica de la liquidación, lo dispuesto en el R. D. 357/1979 de 20 de Febrero (*BOE del 28*), O. M. de 26 de Febrero de 1979 (*BOE del 1 de Marzo*), y Resolución de la Dirección General de Tributos de 28 de Febrero de 1979 (*BOE del 16 de Marzo*).

92. PÉREZ, R. J. y RIGHI, E. J. A., «El sistema de propiedad...», *cit.* pág. 303; VARELA PARACHE, F. y RODRÍGUEZ DE PABLO, J., «Las inversiones extranjeras...», *cit.* pág. 15.

el contrato no tiene por objeto, sino la creación de derechos de transferencia aparentes, que no se corresponden con una real contraprestación tecnológica, o por lo menos, con una transmisión de tecnología distinta o adicional a la que naturalmente deriva del hecho de la inversión. Ciertamente es el dividendo y el canon o royaltys atienden a la retribución de fenómenos de índole diversa, como son el capital aportado de una parte, y la tecnología (*know-how*, patentes) o asistencia técnica prestada, de otra; sin embargo, resultando la inversión extranjera cauce de difusión de tecnología, parece lógico que un país que ha adoptado una política de favor y de fomento de las mismas, al objeto de hacerse, a través de tal vía, con la técnica de que carece, asumiendo los inconvenientes que tal opción comporta, se pregunte hasta qué punto ha de admitir todavía, la creación a cargo de sus nacionales (en este caso la filial extranjera) de obligaciones derivadas de acuerdos que vendrían en cierta medida de superponerse a tal política de inversiones, al no tener por objeto sino la adquisición de una tecnología a la que éstos deberían acceder sin especiales problemas en base a su condición de filiales.

La duda se halla desde luego sobradamente justificada, y debería resolverse quizás, por la negativa en aquellos supuestos en los que la filial se ha constituido sobre la base de una aportación tecnológica del exterior, pero se comprende igualmente, en las hipótesis de aportaciones dinerarias, sobre todo si se tiene en cuenta que en un elevado número de ocasiones, la filial a quien por virtud del contrato se ha concedido por ejemplo, la licencia de explotación de una lista más o menos abultada de patentes⁹³, apenas hace uso efectivo de las mismas. Por otra parte es indudable, que en sí misma considerada, la carga que supone el pago de un royalty para la empresa deudora, y destinataria de la inversión, ha de coincidir negativamente en sus costes, disminuyendo la competitividad de sus productos respecto de los fabricados por la empresa beneficiaria⁹⁴.

En fin, la reducción de beneficios, como consecuencia de la inclusión en la cuenta de explotación de la empresa de los royaltys pagados al exterior, priva al Estado de la sede, de unos

93. Nótese que es ésta efectivamente la prestación quizás más característica de los llamados contratos de transferencia de tecnología. Para el caso de España, *cfr.* el informe UNCTAD, *Principales cuestiones...*, TD/B/AC.11.17, *cit.*

94. VARELA PARACHE, F. y RODRÍGUEZ DE PABLO, J., «Las inversiones extranjeras...», *cit.* pág. 15.

ingresos que no se verán generalmente recuperados en su totalidad por la vía de la imposición directa del royalty en orden a su futura transmisión.

SECCIÓN 4.ª

El sistema de patentes y su incidencia en el proceso de adquisición de la tecnología

1. Aspectos generales.

Justificado en la tesis clásica por lo que supone de incentivo para la actividad inventiva individual, de recompensa para el inventor, y de beneficio para la colectividad, por la divulgación de conocimientos que implica, el sistema de patentes y el conjunto de ventajas monopolísticas que entraña, reviste un interés muy particular para los Estados en desarrollo, pues, se ha dicho, cumple una función fundamental al facilitarles el acceso a la tecnología que precisan para su «despegue». Estímulo para la invención y la investigación creadora, la patente no, sólo posibilita la adquisición originaria de tecnología, sino que también contribuye eficazmente a la puesta en marcha de los mecanismos de adquisición derivativa, en la medida en la que constituye asimismo un incentivo para la inversión extranjera directa y para la contratación específica de tecnología, particularmente bajo la forma de contratos de licencia de patente. Por todo ello, parece lógico que los Estados en vías de desarrollo, tengan el máximo interés en mantener o adherirse al sistema⁹⁵. Este punto

95. Para HIANCE, M., «La propriété industrielle dans les transferts de technologie aux pays en développement», colectivo *Transfert de technologie...*, cit. págs. 301-39, espec. pág. 304, la patente cumple en los países en desarrollo cuatro funciones importantes: «*c'est tout d'abord une information technique mise en form en vue d'une utilisation industrielle; c'est donc une technologie exploitable. C'est ensuite une publicité donné à une invention, donc, un facteur susceptible de déclencher une operation de transfert. C'est un titre puridique transmissible, donc, le support d'un transfert, l'objet potentiel d'un contrat. Enfin le brevet est un élément de securité dans les contrats te ceci pour les deux parties*». Ahora bien, «*l'exploitation de ces avantages doit s'accompagner d'une defense contre les abus et de la mise en place des mecanismes institutionnels qui, dans une perspective active et non plus seulement defensive permettront aux pays en developpement de faire du brevet un instrument effectif de transfer de technologie (...). C'est cette perspective qui justifie à notre avis dans les circonstances actuelles le maintien du système de propriété industrielle dans ces pays*».

de vista, reducido desde luego a su expresión más simple, no resulta sin embargo, compartido por ese grupo de Estados menos industrializados, de donde, en estos últimos años, proceden las voces que denuncian las falsas apariencias y ponen de manifiesto los vicios del sistema, reclamando en suma su remodelación cuando no su abolición⁹⁶.

Y es que el sistema de protección que brindan las llamadas propiedades especiales y en particular el sistema de patentes, se halla en efecto en crisis⁹⁷; su razón de ser, o al menos de seguir siendo, tal y como hoy se encuentra estructurado, ha sido puesta en tela de juicio por los Estados no desarrollados, y ello, porque los pilares que lo sustentan se han revelado a la postre, más frágiles de lo que en un principio se suponía⁹⁸.

Fruto de la acción de un reducido número de Estados en la

96. Esta divergencia de opiniones pudo percibirse claramente en el Simposio organizado por la OMPI en Colombo (Sri-Lanka) en febrero de 1977, donde los ponentes, procedentes de Estados industrializados y vinculados profesionalmente, en no pocos casos, a empresas multinacionales, procedieron más o menos enérgicamente, frente a los representantes de los países en desarrollo, a la defensa del sistema en su conjunto. Son ilustrativas, en relación con la primera posición, las intervenciones de CLARCK, J. B. (de Monsanto/USA), «Transfer of technology: comments from an industrial point of view»; ROUYRRE, Ph. (de Creusot-Loire/Francia), «The importance of the patentes for developing countries wishing to acquire the most recent technology and know-how related to patentes»; ASPDEN, H. (de IBM/Inglaterra), «Patent strategy and the dissemination of technology by the multinational enterprise»; VRIES, E. J. (de Philips/Holanda), «Some considerations on patent rights and aspects of the transfer of technology»; GANSSER, G. R. (de Ciba-Geygy/Suiza), «The importance of the patentes for the acquisition in developing countries of up-to-date technology and know-how»; SUZUKI, M. (de Toyota/Japón), «The importance of patentes in developing countries for the encouragement of the inventiveness and industrial research and development». Por lo que respecta a la segunda posición, pueden consultarse las ponencias de BHATTI, M. O., «Effect of patentes on the transfer of technology and foreign investment in Pakistan»; KARUNTILLEKE, N. S., «Foreign investment in the industrialization of Sri-Lanka»; VEDARAMAN, S., «Patent law in India, as a means towards accelerating industrial development», entre otras. Cfr. el texto de todas ellas en *The importance of...*, cit. Cfr. también desde la perspectiva de los países industrializados, VINCENT, D., «The role of the patentes in the transfer of technology», en el colectivo *Technology transfer practice...*, cit. págs. 40-4.

97. EMINESCU, Y., «Le rôle des brevets dans l'estimulation de la creation nationales et le transfert des techniques», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1978, págs. 531-41.

98. Los beneficios que le sistema implica, señalan PÉREZ, R. J. y RIGHI, E. J. A., «El sistema de propiedad...», cit. pág. 307, no han sido claramente explicitados, «tales supuestas ventajas son consideradas como un presupuesto que no necesita ser enunciado, ni siquiera cuando se afirma que la no adhesión impide el aprovechamiento de los beneficios del mismo.

que los que ahora se muestran disconformes apenas tuvieron participación, el sistema se ha revelado de hecho inoperante, y hatsa perjudicial, a la hora de resolver los problemas del subdesarrollo. Los límites impuestos al presente trabajo impiden naturalmete, el proceder a un análisis y valoración crítica del mismo en esta perspectiva⁹⁹, sin embargo, interesa formular algunas observaciones acerca de la función que desempeña en la transferencia de la tecnología.

2. Patentes y adquisición originaria de tecnología.

Como es sabido, una de las razones que han venido clásicamente justificando la existencia de los privilegios monopolísticos que confiere la patente, es la de que ésta es instrumento de fomento de la actividad inventiva¹⁰⁰; la recompensa, materializada en las ventajas de tipo monopolístico que para el inventor constituye el otorgamiento de la patente, debiera pues estimular la actividad creadora. Ahora bien, también se ha señalado¹⁰¹, que un dispositivo jurídico que concede derechos exclusivos al individuo o a la entidad que primero solicita la inscripción de un invento, aumenta los riesgos de la investigación, puesto que excluye del mercado a todos los demás durante un período determinado, concluso a aquellos que hayan realizado inversiones considerables en el mismo campo de investigación, y quizás hayan estado a punto de realizar descubrimientos similares; en este sentido, es muy probable que la legislación sobre patentes reduzca el nivel global de la actividad inventiva.

De otra parte, ha de tenerse igualmente presente que el exa-

99. Cfr. a este respecto, sobre todo, la obra fundamental de HIANCE, M. y PLASSERAUD, Y., *Brevets et sous-developpement*, Paris 1972; también, el informe *La función del sistema de patentes...*, cit.; PUELLES BENÍTEZ, M., «Incidencias económicas del derecho de patentes», *Economía Industrial*, n.º 33/1976, págs. 25-41; PÉREZ, R. J. y RIGHI, E. J. A., «El sistema de propiedad...», cit.; VAITSOS, C., «La función de las patentes en los países en vías de desarrollo», *El Trimestre Económico*, n.º 157/1973, págs. 195-233.

100. El sistema de patentes, ha señalado por ejemplo ROUYRRE, Ph., «The importance of the patentes...», cit. pág. 204, estimula en efecto la creatividad pues los derechos de exclusiva que otorga al inventor no sólo son estímulo para que éste se lance por el camino de la investigación, sino que ésta, por los elevados costos que entraña, no sería sin duda posible si no se le facilitara al que la emprende, la protección necesaria para amortizar los gastos realizados y mantenerse en el mercado en una posición ventajosa desde el punto de vista de la competencia.

101. Cfr. *Principales cuestiones que plantea...*, TD/B/AC.11/17, cit.

men de la práctica en los países no desarrollados que han adoptado el sistema de patentes, revela con mucho, que las patentes registradas son de origen extranjero, y que la posibilidad de inscripción, no sólo no ha fomentado la invención autóctona, que encontraría su traducción en un aumento de solicitudes de patentes nacionales, sino que, por el contrario, ha supuesto un incremento progresivo del grado de dependencia exterior. La alarma que tal conclusión provoca, sube de tono al ponderar por su valor económico a tecnológico el ya reducido número de patentes nacionales pues entonces, como señala acertadamente Vaitos¹⁰², «es probable que la mayor parte de los países en desarrollo, hallen que las patentes así ponderadas, que pertenecen a sus propios nacionales ascienden a una fracción del 1 % del total de patentes concedidas por tales países». Tal consideración, debería todavía completarse con el establecimiento de una relación entre patentes nacionales e inversión extranjera, pues, bien pudiera suceder que dentro de las patentes computadas como nacionales se incluyan las solicitudes o concedidas a sociedades del país pero controladas por intereses extranjeros, con lo que estaríamos en definitiva, subestimando el número de patentes extranjeras¹⁰³.

Por todo ello, no da la impresión que el sistema sirva, de hecho, al logro del principal objetivo que se le asigna, y desde esta perspectiva han puntualizado Hiance y Plasseraud¹⁰⁴ que *«l'effet stimulant du brevet a pratiquement disparu, et c'est sans doute por cette raison que la theorie du brevet recompense bien que communement admise dans les pays industrialises d'Occident semblé á l'heure actuelle être passé au second plan»*¹⁰⁵. A ello ha podido quizás contribuir, la transformación operada en la estructura de la propiedad de las patentes, que incidiría

102. VAITOS, C., «La función...», *cit.* pág. 199.

103. *Cfr.* a este respecto, *La función del sistema de patentes...*, TD/B/AC.11/19/Rev.1, *cit.* págs. 38-9. También GANSSER, G. R., «The importance of the patent...», *cit.* pág. 130, quien frente a esta consideración pone de manifiesto que también en los países industrializados con la excepción quizás de Japón y los Estados Unidos, la mayor parte de las patentes son propiedad de extranjeros, lo cual no alarma a nadie, pues es lógico que el número total de invenciones patentables supere las realizadas en el país, y que si la proporción entre unas y otras resulta exagerada, como de hecho ocurre en los países no desarrollados, ello no es por culpa del sistema de patentes, sino por razón de una insuficiente investigación. En el mismo sentido, VICENT, D., «The role of the patentes...», *cit.*, pág. 42.

104. HIANCE, M. y PLASSERAUD, Y., *Brevets et sous-développement*, *cit.* pág. 42.

105. *Cfr.* en el mismo sentido EMINESCU, Y., «Le rôle des brevets...», *cit.* págs. 533-4.

ahora, negativamente, en el plano de los resultados, al pretender aplicar un mismo instrumento a una realidad distinta; y es que el sistema fruto de una época en la que el inventor era la figura- eje inspiradora de su contenido, pensado para proteger y recompensar el esfuerzo de éste, se ha visto en estos últimos años llamado a operar en un medio radicalmente distinto, en el que el inventor es un mero recuerdo histórico que ha cedido el puesto a la actividad inventiva programada y profesionalizada en el seno de la gran empresa, lo cual ha deformado los efectos que estaba llamado a producir trastocando del mismo modo los intereses a cuyo servicio se encontraba.

De impulsor y defensor de la actividad investigadora e innovadora, el sistema parece haberse convertido en un mero instrumento de la política de los negocios, en un arma en manos de las empresas de los Estados industrializados, que manejada con la habilidad necesaria, parece capaz de asegurar al brazo que la empuñe, el control monopolístico del mercado y la perpetuación, en suma, de posiciones de dominio y de situaciones de dependencia. Por ello, no le falta quizás razón a Vaitzos¹⁰⁶, cuando señala que «una vez que los privilegios monopolísticos dejan el mundo del inventor individual e ingresan en la propiedad múltiple de patentes por grandes empresas, la función principal de las patentes no está dirigida hacia la actividad inventiva, sino hacia la maximización de la ganancia mediante la minimización de las formas de competencia».

Podría sin embargo pensarse, aun admitiendo como correctos los precedentes planteamientos, que no por ello desaparece el efecto estimulante que la patente ejerce sobre la actividad inventiva, sino que éste opera ahora simplemente, sobre un sujeto distinto —la empresa— para cuyos intereses sigue sin duda jugando un papel fundamental; pero lo cierto es que el saldo que arroja la práctica de los países en desarrollo, no parece animar especialmente tal reflexión; y es que, en último término, no debe de olvidarse que estos Estados carecen de las condiciones socio-económicas necesarias para que el sistema resulte, en la perspectiva considerada, verdaderamente operativa¹⁰⁷.

106. VAITSOS, C., «La función...», *cit.* pág. 204.

107. Sobre esta cuestión, HIANCE, M. y PLASSERAUD, Y., *Brevets et sous-developpement*, *cit.* págs. 21 ss., refiriéndose a la incidencia que sobre la actividad inventiva pueden tener factores tan diversos como los geográficos e históricos; socioculturales, como la filosofía y la religión; el potencial científico y técnico, o la huella psicológica de la colonización; en fin, económicos, como la iniciativa empresarial, el medio industrial o la debilidad de la demanda.

3. *Patentes y mecanismos de transferencia.*

La idea de que las patentes contribuyen eficazmente a la transmisión de la tecnología *por el cauce de la inversión directa*¹⁰⁸, encuentra su justificación en la relación establecida entre titularidad de una patente y obligación de explotarla.

Esta cuestión, ampliamente discutida en el marco del Convenio de París y que responde en suma a la tensión existente entre el interés individual del titular, y el general de la colectividad, preocupa en gran medida a los países en desarrollo, que ven con inquietud cómo la mayor parte de las patentes concedidas, propiedad de empresas extranjeras, permanecen inexploradas¹⁰⁹, convirtiéndose de esta suerte, en simples instrumentos en manos de su titular para eliminar la competencia.

Y es que la relación patente-inversión, no es exacta, porque, de una parte, el que ésta se lleve o no a efecto, depende, no de uno, sino de la combinación de múltiples factores que componen lo que ha venido a llamarse «clima de inversión», entre los que el considerado, en las contadas ocasiones en las que está presente, tiene un peso muy relativo. De otra parte, en la medida en la que la inversión se lleva a cabo para mantener o reforzar la posición del inversor en un determinado mercado, frente a posibles competidores, la patente se presenta como una alternativa igualmente válida en orden a la consecución de tal objetivo, por lo que más que un estímulo, debería quizás de considerarse como un freno, porque, ¿qué manera más formidable de evitar las presiones amenazantes de competencia que fuerzan a que tengan lugar las inversiones que el privilegio monopolístico ofrecido al tenedor de la patente?¹¹⁰

La patente otorgada no se halla, pues, necesariamente, en el origen de una nueva producción nacional o, en otros términos, en la base de la creación de una nueva industria local destinada a fabricar el bien patentado, y cuando esto sucede, no queda sino recurrir a las importaciones de sustitución, con lo que de negativo entraña, por ejemplo, el desembolso en divisas, generalmente superior al que tendría lugar por razón del pago de dividendos al inversor extranjero; la pérdida de la posibilidad de absorber eventuales excedentes de mano de obra; de crear nuevos puestos de trabajo, de utilizar materiales locales, de desa-

108. SEYMOUR, R., «Patents and the transfer of technology», en el colectivo *Technology transfer practice...*, cit. págs. 36 ss.

109. GANSSER, G. R., «The importance of the patent...», cit. pág. 131.

110. VAITSOS, C., «La función...», cit. pág. 206.

rollar subproductos, de usar y promocionar la capacidad científica y tecnológica local, etc.¹¹¹.

Cierto es que las distintas legislaciones nacionales de patentes contienen algunas previsiones en orden a sancionar los abusos que podrían derivarse de una maliciosa ruptura de la conexión patente explotación, pero no lo es menos, que estos mecanismos represivos encarnados básicamente en las licencias obligatorias y en la posibilidad de revocación, poseen una eficacia limitada, derivada de la necesidad, cada día más imperiosa del *know-how*, que sólo el titular posee, así como de la posibilidad que éste tiene de aducir excusas legítimas, y del largo plazo que precisan, en fin, para dar los frutos apetecidos, como consecuencia de la intervención judicial y de la existencia de ciertos períodos de franquicia durante los cuales el titular resulta inatacable¹¹².

Por lo que atañe, en fin, al hecho de que en la práctica, transferencia de tecnología, *patentes y contratos de licencia*, se presenten con frecuencia unidos, baste señalar, que si bien los acuerdos de licencia constituyen una fórmula jurídica que generalmente se halla presente en la mayor parte de los procesos de transferencia, ello no sólo no quiere decir que exista una relación de causalidad entre tales fenómenos, sino que en sí mismo considerado, químicamente puro, el acuerdo de licencia de patente, resulta cada día con más frecuencia, prácticamente inoperante.

De una parte, porque, como se ha señalado, tal acuerdo responde a unas motivaciones concretas, no siempre confesables, constituyendo por lo general, para el cedente, un procedimiento de carácter residual frente a la explotación directa, o a la exportación del producto. Y de otra parte, porque el potencial licenciatarario suele ignorar de hecho cuáles son las técnicas disponibles a nivel mundial, e incluso en los casos en los que esto no sucede, rara vez se halla en condiciones de establecer un contacto fructífero con el eventual cedente¹¹³. Pero sobre todo, porque la función divulgadora que en relación con las modernas técnicas cumplen las patentes, resulta insignificante y totalmente insuficiente, para que el licenciatarario pueda poner en marcha una correcta utilización o explotación del procedimiento en cuestión; y ello

111. *Cfr.*, *La función del sistema de patentes...*, TD/B/AC.11/19/Rev.1, cit. pág. 62.

112. *Ibid.* págs. 54-5; GAMBIRO, I., «Transfer of technology in relation to patents in Indonesia», colectivo *The importance of the patent...*, cit. pág. 228.

113. HIANCE, M. y PLASSERAUD, Y., *Brevts et sous-développement*, cit., pág. 48.

porque lo que hoy en día se ha revelado como verdaderamente importante es el *know-how*, el secreto industrial no patentado, hasta el punto de que en ausencia del mismo, la patente queda vaciada de contenido resultando totalmente improductiva. Sin duda, las distintas legislaciones nacionales de patentes obligan al titular de la invención a describirla en una forma total, que una persona medianamente versada, en la materia, pueda sobre tal base proceder a la explotación de la misma, pero, de hecho, rara vez se cumple este objetivo; la razón no sólo ha de buscarse en que el solicitante procura cumplir con el precepto legal revelando lo menos posible, lo que al decir de Bloxam¹¹⁴, puede perfectamente conseguirse oscureciendo el problema con la misma abundancia de información que proporciona, sino también en lo que ha venido a llamarse «la opacidad creciente» de las patentes, esto es, en el hecho de que resultando los nuevos inventos de una complejidad suma, parece cada día más difícil, cuando no imposible, asegurar una descripción de su proceso de realización que sea lo bastante nítida para que una persona conocedora de la materia pueda reproducirla¹¹⁵.

PARTE SEGUNDA

EL REGIMEN JURIDICO DE LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA

SECCIÓN 1.ª

La transferencia internacional de tecnología en el marco de la organización internacional de Estados

1. *El contexto de la acción internacional. Particular referencia al sistema de las Naciones Unidas.*

Las acciones a nivel internacional, en materia de transferencia internacional de tecnología, se han desarrollado principalmente en el marco de las Naciones Unidas o, cuando menos, a la sombra

114. Cit. en el Informe, *La función del sistema de patentes...*, TD/B/AC.11/19/Rev.1, cit. pág. 49.

115. La expresión se debe al parecer a BEIER, cit. por EMINESCU, Y., «Le rôle des brevets...», cit. pág. 533.

de esta Organización. Particularizando, podría todavía decirse que esta intervención forma parte de un proyecto de más largo alcance cual es, el de instaurar un nuevo orden económico internacional, cuyo origen puede encontrarse en la *Resolución 1710 (XVI) de la Asamblea General de 19 de diciembre de 1961*¹¹⁶, por la que ésta, recogiendo la iniciativa del Presidente de los EE.UU. expresada en su intervención de 25 de diciembre ante la propia Asamblea, inaugura el *Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo*.

La orientación así iniciada, recibe un segundo impulso con la *Resolución 2626 (XXV), de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970*¹¹⁷, por la que ésta, previa constatación de la no consecución de los objetivos fijados para el primer decenio, aprobó una *Estrategia Internacional para el Desarrollo*, fijando nuevas metas para el *Segundo Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo*, que había de iniciarse el 1 de enero de 1971. La propia Resolución se encargaba de trazar las líneas generales de las políticas que, en los distintos sectores implicados, habían de desarrollar los Gobiernos en orden al logro de los nuevos objetivos señalados, e intesa poner de manifiesto cómo en el párrafo n.º 64 de aquélla se dice, en relación con la transferencia de tecnología que «tanto los países desarrollados, como las organizaciones internacionales, deberán proyectar y ejecutar un programa, al objeto de promover la transferencia de tecnología hacia los países en desarrollo, el cual, incluiría, *inter alia*, la revisión de los convenios internacionales sobre patentes; la identificación y reducción de los obstáculos que dificultan la transferencia de tecnología a los países en desarrollo, facilitándoles el acceso a la tecnología patentada y no patentada en unas condiciones razonables, así como la utilización de la tecnología transferida, de suerte que puedan así alcanzar sus objetivos de comercio y desarrollo; el desarrollo de la tecnología adecuada a sus estructuras productivas y los medios para acelerar el desarrollo de la tecnología autóctona».

El 25 de enero de 1974, el Secretario General de las Naciones Unidas Kurt Waldheim, convocaba la VI sesión extraordinaria en la que había de abordarse la problemática relativa a los recursos naturales mundiales, con el fin de procurar, mediante la óptima utilización de los mismos, una mejor justicia social en el mundo. Con ello, el Secretario General acogía la iniciativa del

116. *United Nations. Yearbook*, 1961, pág. 231.

117. *Ibid.*, 1970, págs. 319-29.

entonces Presidente de Argelia H. Boumedian, quien, como portavoz del grupo de países no alineados había llamado la atención de aquél, sobre las conclusiones a las que éstos habían llegado en la cumbre de septiembre de 1973, en Argel. Tales conclusiones se concretaban de una parte, en el reconocimiento del fracaso, por distintas razones y con sólo tres años de experiencia, de la Estrategia Internacional del Desarrollo, y en la necesidad, de otra, sentida por los países tercermundistas, de asegurarse, en este contexto, su propio crecimiento por vía de la movilización de sus recursos naturales, siguiendo de esta forma, la línea adoptada por los países productores de petróleo, quienes mediante una acción de conjunto, habían logrado poner sus recursos al servicio del desarrollo y progreso de sus pueblos respectivos. Iniciada el 9 de abril la Asamblea General extraordinaria se clausuró el 2 de mayo del mismo año 1974 con la adopción de una *Declaración* y de un *Programa de acción* para el establecimiento de un *Nuevo Orden Económico Internacional*, que quedaron respectivamente incorporados a las *Resoluciones 3201 (S. VI)* y *3202 (S. VI)*¹¹⁸, no sin haber previamente discutido y considerado, entre otros, los siguientes temas: 1) la transferencia internacional de tecnología a los países en desarrollo, que, considerada como poco satisfactoria en vista de los numerosos obstáculos y de lo elevado de sus costos, permitió la formación de un estado general de opinión que traducía el deseo de los Estados menos desarrollados, de que se procediese a la elaboración de un *Código internacional de Conducta* en la materia; 2) los efectos y el papel que en las relaciones económicas internacionales jugaban las empresas multinacionales, los cuales, evaluados negativamente (se citaron entre otros problemas, la explotación y agotamiento de los recursos naturales no renovables, las políticas de fijación de precios y de distribución de mercados, las evasiones fiscales, la interferencia, en fin, en la vida política y económica del Estado territorial) aconsejaban asimismo, el establecimiento de un Código de conducta que regulase sus actividades al objeto de alinearlas con los objetivos e intereses del Estado territorial; 3) la importancia que para el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, tenía la puesta a punto de una *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*.

Tales preocupaciones no habían de caer en el vacío, y es así que tanto la Declaración, como el Programa de Acción aprobados, dejan constancia y dan cumplida respuesta a las mismas.

118. *Ibid.*, 1974, págs. 324 ss.



Así, entre los principios que como fundamento del Nuevo Orden Económico se recogen en el apartado 4.º de la *Resolución 3201 (S. VI)*, se cuentan los siguientes:

«g) regulación y supervisión de las actividades de las empresas transnacionales, mediante la adopción de las medidas oportunas en el interés de la economía nacional de los países en los que aquéllas operan, sobre la base del respeto más total a la soberanía de tales países

.....

p) permitir a los países en desarrollo el acceso a la moderna ciencia y tecnología, promoviendo la transferencia de la misma y la creación de tecnología autóctona, de acuerdo a procedimientos adecuados a sus economías».

Señalándose en el apartado 6.º que:

«La Carta de Derechos y Deberes económicos de los Estados, a cuya preparación debe proporcionar la presente Declaración una nueva fuente de inspiración, constituirá una contribución significativa al establecimiento de un nuevo orden económico internacional».

Por su parte, la *Resolución 3202 (S. VI)* dispone en forma más precisa, en el capítulo IV:

«que no deben regatearse esfuerzos,

a) Para formular un Código internacional de conducta para la transferencia de tecnología que mejor corresponda a las necesidades y condiciones de los países en desarrollo.

b) Para permitir el acceso, en las mejores condiciones a la técnica moderna y para adaptar ésta a las condiciones económicas, sociales, ecológicas y a los diferentes estadios de desarrollo, de los países en desarrollo.

c) Para extender de forma significativa a los países en desarrollo la asistencia en la preparación de programas de investigación y desarrollo y en la creación de tecnología autóctona.

d) Para adaptar a las necesidades de los países en desarrollo las prácticas comerciales que presiden la transferencia de tecnología y prevenir los abusos de derecho de los vendedores.

e) Para promover la cooperación internacional en la investigación y desarrollo, en la exploración y explotación,

en la conservación y legítima explotación de los recursos naturales y de todas las fuentes de energía».

En el capítulo V:

«que no deben de regatearse esfuerzos para adoptar, formular e implantar un código internacional de conducta para las empresas transnacionales,

a) Para evitar interferencias en los asuntos internos de los países en los que aquéllas operan, así como su colaboración con regímenes racistas y gobiernos coloniales.

b) Para regular sus actividades en los países que las acogen, eliminando las prácticas restrictivas y conformándolas a los planes de desarrollo y a los objetivos perseguidos por los países en desarrollo, y en este contexto, facilitar la revisión de los acuerdos concluidos con anterioridad.

c) Para proveer de asistencia, transferencia de tecnología y técnicas de dirección a los países en desarrollo en unos términos favorables y equitativos.

d) Para regular la repatriación de los beneficios de sus operaciones, tomando en consideración los legítimos intereses de todas las partes interesadas.

e) Para promover la reinversión de sus beneficios en los países en desarrollo».

En el capítulo VI:

«que la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados cuyo borrador siendo preparado por un grupo de trabajo de las Naciones Unidas, que ha expresado ya su intención de adoptarla en su vigésimo novena sesión ordinaria, deberá constituir un efectivo instrumento en orden al establecimiento de un nuevo sistema de relaciones económicas internacionales basado en la equidad, igualdad soberana e interdependencia de intereses de los países desarrollados y en desarrollo».

Ahora bien, la inclusión del fenómeno de las transferencias en sus diversos aspectos, dentro del conjunto de elementos a controlar en vista del establecimiento de un nuevo orden económico internacional, no agota la intervención de las Naciones Unidas en esta materia, sino que el proceso que arranca en

1961 con la Resolución 1710 (XVI), se ha visto jalonado de acciones concretas en el campo de la tecnología, de suerte que la Organización, a través de alguno de sus órganos, ha ido en todo momento animándolo y vivificándolo a través de distintas resoluciones. En este sentido, cabe señalar entre otras, la *Resolución 1013 (XXXVII) del Consejo Económico y Social de 27 de julio de 1964*¹¹⁹, adoptada tras la consideración del Informe del Secretario General relativo al papel de las patentes en la transferencia de tecnología a los países en desarrollo, por la que aquel recomendaba, como lo había hecho muy pocos meses antes la primera UNCTAD (Ginebra, 1964), a los países desarrollados, proveedores de tecnología patentada y no patentada, que favoreciesen su transmisión a los países en desarrollo, los cuales, por su parte, habrían de adoptar medidas de orden administrativo y legislativo en el campo de la tecnología industrial; la *Resolución 2091 (XX), de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1965*¹²⁰, por la que ésta solicita del Secretario General la continuación de los estudios relativos a la transferencia de la tecnología, y pide a los BIRPI que presten toda su ayuda a los países en desarrollo en el sector de la propiedad industrial; la *Resolución 3362 (s. VII) de la Asamblea General, de 16 de septiembre de 1975*¹²¹, por la que ésta venía a recomendar entre otras cosas, la revisión de los convenios internacionales sobre patentes y la convocatoria para 1979 de una Conferencia de las Naciones Unidas para la ciencia y la tecnología, al tiempo que había suyas la Declaración internacional y el Plan de acción para la promoción del desarrollo industrial en los países subdesarrollados, adoptados en la segunda conferencia general de la ONUDI, celebrada en Lima en marzo del mismo año 1975; la *Resolución 3514 (XXX), de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1975*¹²², por la que ésta, vistos los informes de la Comisión de las Naciones Unidas para las empresas multinacionales, constituida por el Consejo Económico-Social a partir del Centro de información e investigación de las empresas transnacionales que éste había a su vez creado en 1974, condenaba las prácticas restrictivas de estas empresas, reafirmaba el derecho de los Estados a investigar y adoptar medidas legales frente a tales prácticas, y solicitaba a los Estados que recogieran información al respecto y se la intercambiaran, bilateral o

119. *Ibid.*, 1964, págs. 283 ss.

120. *Ibid.*, 1965, pág. 338.

121. *Ibid.*, 1975, págs. 348 ss.

122. *Ibid.*, 1975, págs. 489 ss.

multilateralmente, particularmente a través del Centro de las Naciones Unidas para las empresas multinacionales.

Pero si algo ha de destacarse en esta línea de acciones concretas es la convocatoria, calificada por algunos como el acontecimiento más importante del primer decenio de las Naciones Unidas para el desarrollo, de la primera Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo. Tuvo aquella lugar por *Resolución 1785 (XVII), de la Asamblea General, de 8 diciembre de 1962*¹²³, con lo que ésta hacía suya la decisión adoptada por el Consejo Económico-Social, por *Resolución 917 (XXXIV) de 3 de agosto*¹²⁴, del mismo año, de convocar en el plazo máximo de dos años una conferencia de las Naciones Unidas sobre el comercio y desarrollo. Como es sabido, la Conferencia se reunió por primera vez en Ginebra del 23 de marzo al 16 de junio de 1964, y el 30 de diciembre del mismo año, la Asamblea General aprobaba su *Resolución 1995 (XIX)*¹²⁵, por la que la UNCTAD quedaba constituida en órgano de la propia Asamblea General y se veía al mismo tiempo dotada de un órgano permanente: la Junta de Comercio y Desarrollo; ésta, adoptó en su sexta sesión (1970), la resolución de crear en el marco de la Conferencia, los mecanismos intergubernamentales necesarios para estudiar, en general, la cuestión de la transferencia de tecnología patentada y no patentada, así como la promoción del desarrollo de los países menos avanzados; asimismo reafirmó la Junta, el interés urgente y fundamental que tienen estos países en lograr un acceso más fácil y adecuado a la moderna tecnología, por lo que, consecuentemente, debía la UNCTAD de mantener esta cuestión en permanente revisión y estudio. Mas concretamente, se decía, que las funciones de la UNCTAD en materia de transferencia de tecnología, implicaban de una parte, el continuar avanzando en la identificación de los obstáculos y problemas susceptibles de limitar la transferencia; de otra parte, la Conferencia, había de tomar en consideración los distintos estudios realizados y las distintas propuestas formuladas en este sector de problemas; en fin, también el examen de los diferentes costos de las transferencias, así como de los contratos de licencia y otros similares, prestando particular atención a su posible negativa incidencia sobre la expansión industrial y las exportaciones de los países en desarrollo.

123. *Ibid.*, 1962, pág. 179.

124. *Ibid.*, 1962, pág. 167.

125. *Ibid.*, 1964, pág. 211.

Como se recordará, la UNCTAD se ha reunido con posterioridad a su sesión fundacional en tres ocasiones más (Nueva Delhi, en 1968; Santiago de Chile en 1972; y Nairobi en 1976. Cuando se escriben estas líneas se está celebrando en Manila la V UNCTAD), y durante todo este tiempo, no ha dejado la Asamblea de estimular su actuación. Así por ejemplo, por *Resolución 2726 (XXV), de 15 de diciembre de 1970*¹²⁶, la Asamblea, hace suyas las decisiones adoptadas en septiembre anterior por la Junta de Comercio y Desarrollo al tiempo que reiteraba la necesidad de que la Conferencia prosiguiese sus trabajos en el campo de la transferencia de tecnología, y solicitaba a los Estados miembros, le prestasen la máxima colaboración, ya que «la adopción de medidas concertadas y la implantación tanto por los Estados desarrollados como por aquellos en vías de desarrollo y por las organizaciones internacionales competentes de un programa en orden a promover la transferencia de tecnología a los países en desarrollo, constituye un importante elemento de la Estrategia Internacional para el Desarrollo para el Segundo Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo».

Del mismo modo, por la *Resolución 2821 (XXVI), de 16 de diciembre de 1971*¹²⁷, dejaba constancia del convencimiento de que a menos de que se adoptara una acción decisiva a todos los niveles, especialmente a nivel internacional, en orden a una más rápida transferencia de tecnología, adecuada a los países en desarrollo, la tasa de crecimiento tecnológico en el mundo contribuiría a aumentar todavía más el *gap* entre países desarrollados y subdesarrollados, y por ello, reiterando el contenido de su Resolución 2726 (XXV), recomendaba a la UNCTAD que, con ocasión de su tercera reunión, entonces ya próxima a celebrarse, tratara de llegar a un acuerdo en relación con las acciones a desarrollara para facilitar a los países en desarrollo la transferencia de tecnología en unos términos y condiciones razonables, así como en orden a crear la infraestructura necesaria para el desarrollo tecnológico de aquéllos.

En la misma dirección se sitúa la *Resolución 3041 (XXVII) de 19 de diciembre de 1972*¹²⁸, por la que se asumen las decisiones adoptadas en la tercera Conferencia de Santiago, y se «observaba con agrado que como consecuencia de los continuos esfuerzos de la UNCTAD, la acción intergubernamental estaba

126. *Ibid.*, 1970, pág. 391.

127. *Ibid.*, 1971, pág. 280-1.

128. *Ibid.*, 1972, págs. 287 ss.

siendo movilizada gradualmente en un número creciente de sectores como el de la transferencia de tecnología, y particularmente, allí donde «las actividades de las empresas multinacionales han controlado, restringido o de alguna manera influenciado durante largo tiempo el mercado internacional, interfiriendo en su funcionamiento de forma tal que, con frecuencia han perjudicado el desarrollo de los países en desarrollo»; la *Resolución 3362 (s. VII) de 16 de septiembre de 1975*¹²⁹, por la que se recomendaba la conclusión de los trabajos preparatorios para la elaboración de un código internacional de conducta sobre transferencia de tecnología, de suerte que pudiera presentarse en la 4.^a sesión de la Conferencia posibilitando la adopción de decisiones al respecto; la *Resolución 3507 (XXX) de 15 de diciembre de 1975*¹³⁰, relativa a los aspectos institucionales de la transferencia de tecnología, por la que la Asamblea General solicitaba del Secretario General de la UNCTAD y al Director de la ONUDI la continuación de los trabajos en sus respectivos campos al objeto de ayudar a los países en desarrollo en el establecimiento de centros para la transferencia y desarrollo tecnológicos a nivel nacional, subregional y regional, así como de una red de información para la recíproca comunicación de tecnologías.

Insistir en la fecundidad de la labor desarrollada por la UNCTAD en el campo de la transferencia internacional de la tecnología, sería sin duda ocioso. A lo largo del presente trabajo, y aunque acaso de forma un tanto dispersa, creemos dejar constancia suficiente de aquélla, por vía, sobre todo, de referencia a algunos de los numerosos trabajos que, para su posterior consideración por la Conferencia, ha venido preparando su Secretaría, no sólo en el específico sector de la transmisión de la tecnología, sino también en otros íntimamente relacionados con el mismo, como el de las inversiones extranjeras, o el de las prácticas restrictivas de la competencia.

Es sin embargo a través de las resoluciones adoptadas, como mejor se refleja la profunda y permanente preocupación de la Conferencia por la materia que nos ocupa, y conviene por ello, hacer aquí expresa mención de algunas de ellas:

— La *Resolución 45 (III) de 18 de mayo de 1972*¹³¹, relativa a la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, por

129. *Ibid.*, 1975, págs. 348-54.

130. *Ibid.*, 1975, pág. 513.

131. *Actas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, tercer periodo de sesiones, vol. I (Informe y Anexos)*, págs. 62-3.

la que la Conferencia decidió establecer un grupo de trabajo de representantes gubernamentales de treinta y un Estados miembros para que elaborase el texto de un proyecto de Carta teniendo en cuenta, entre otros, como elementos fundamentales, la Estrategia Internacional del Desarrollo del Segundo Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo y los Principios contenidos en la Carta de Argel¹³², y en la Declaración y Principios del Programa de Acción de Lima¹³³.

— La *Resolución 73 (III), de 19 de mayo de 1972*¹³⁴, relativa a las prácticas restrictivas, por la que tras recomendar que debe de hacerse todo lo posible, especialmente por vía de cooperación entre los Estados desarrollados y en desarrollo para reducir y a ser posible eliminar las prácticas que afectan desfavorablemente al comercio y desarrollo de estos últimos, y pedir a la Secretaría de la UNCTAD que, en colaboración con los países miembros y otras organizaciones internacionales como la CCI, y la OMPI, examine la posibilidad de elaborar una ley modelo sobre prácticas restrictivas con destino a los países en desarrollo, decide crear un grupo de expertos en la materia que entre otros cometidos habría de estudiar a fondo las restricciones practicadas por empresas y corporaciones multinacionales; las prohibiciones de exportación; los acuerdos sobre repartición y asignación de mercados; la fijación de precios arbitrarios de transferencia entre la empresa matriz y sus filiales; las prácticas monopolísticas; la vinculación de suministros y las restricciones estipuladas en los acuerdos de transmisión de tecnología, preferentemente las relacionadas con los contratos de concesión de licencias y otros afines sobre uso de patentes y marcas.

— La *Resolución 56 (III), de 19 de mayo de 1972*¹³⁵, sobre inversiones privadas extranjeras en relación con el desarrollo, por lo que reafirma, de una parte, el derecho soberano de los países en desarrollo a adoptar las medidas pertinentes para que el capital extranjero se utilice de conformidad con las necesidades del desarrollo nacional de esos países, y reconoce, de otra, que la inversión privada extranjera debe de facilitar la movilización de los recursos internos, generar la entrada de divisas, y evitar

132. *Ibid.*, segundo período de sesiones, vol. I (*Informe y Anexos*), págs. 472 ss.

133. *Ibid.*, tercer período de sesiones, vol. I (*Informe y Anexos*), págs. 399 ss., (documento distribuido a la Conferencia bajo signatura, TD/134).

134. *Ibid.*, págs. 87-9.

135. *Ibid.*, pág. 95.

su salida, introducir la tecnología apropiada y favorecer el ahorro y la inversión nacional.

— La *Resolución 39 (III), de 16 de mayo de 1972*¹³⁶, sobre transmisión de tecnología, adoptada a la luz de la resolución 74 (X) de 18 de septiembre de 1970, de la Junta de Comercio y Desarrollo, por la que en relación, en primer lugar con la mejora de las condiciones de acceso a la tecnología, 1) invita a los países en desarrollo a que establezcan instituciones, con el fin concreto de tratar toda la gama de cuestiones complejas relacionadas con la transferencia de tecnología, las cuales podrían tener, en particular funciones como las de registro, depósito, examen, negociación y aprobación de los acuerdos relativos a la transmisión de la tecnología, ayuda a las empresas en la búsqueda de fuentes de aprovisionamiento alternativas, etc.; 2) recomienda a los países desarrollados que faciliten, por distintos medios una transmisión acelerada de tecnología en condiciones favorables a los países en desarrollo; 3) decide que la UNCTAD colabore con otros organismos del sistema de las Naciones Unidas y con otras organizaciones internacionales competentes, en particular con la OMPI, para completar sus actividades a fin de prestar asistencia a los países en desarrollo para la aplicación de la tecnología y su adaptación a las estructuras y necesidades de estos países; estudiar la posibilidad de establecer instituciones multilaterales como centros de transmisión de tecnología, bancos de patentes y centros de información tecnológica; estudiar propuestas de acuerdos bilaterales y multilaterales, así como posibles mecanismos para facilitar y promover la transmisión de la tecnología en condiciones razonables; 4) resuelve pedir al Secretario General de la UNCTAD y al Director de la OMPI que, en colaboración con otros organismos de las Naciones Unidas, realicen conjuntamente un estudio sobre las posibles bases de una nueva legislación internacional que regule la transferencia de tecnología patentada y no patentada de los países desarrollo, incluidos los aspectos comerciales y jurídicos relacionados con esa transmisión, e invitándoles de otra parte, a poner al día el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la función de las patentes en la transmisión de la tecnología a los países en desarrollo. En segundo lugar, en relación con la mejora de la infraestructura científica y tecnológica, 1) recomienda a los países desarrollados procuren proporcionar eventualmente incentivos para estimular a sus empre-

136. *Ibid.*, págs. 116-20.

sas nacionales a que transfieran a sus empresas asociadas en los países en desarrollo una parte sustancial y creciente de sus actividades en investigación; 2) invita a los países en desarrollo a que establezcan una infraestructura eficaz que responda a las necesidades socioeconómicas concretas de cada país y constituya una base sólida para la adaptación de la tecnología importada, la creación de tecnología nacional y el fortalecimiento de su capacidad científica; a que a nivel regional e interregional, estudien medidas para la capacitación e intercambio de personal técnico, establecer centros conjuntos de investigación y coordinen sus políticas respecto a la tecnología importada; 4) pide a los organismos del sistema de las Naciones Unidas, incluida la UNCTAD, que ayuden a los países en desarrollo a crear la necesaria infraestructura tanto en lo que se refiere a las instituciones como al personal, para el desarrollo y transmisión de la tecnología.

— La *Resolución 87 (IV)*, de 30 de mayo de 1976¹³⁷, por la que recomienda la adopción de una serie de línea de acción para reforzar la capacidad tecnológica de los países en desarrollo en toda la región y subregión, y en consecuencia, reducir su dependencia tecnológica.

Estas acciones estarían en concreto encaminadas, en primer lugar, a mejorar la infraestructura institucional y la capacidad para el desarrollo y transferencia de la tecnología, lo que podría lograrse mediante: 1) la adopción por los propios países en desarrollo de medidas tales como la formulación de un plan tecnológico nacional; la coordinación de políticas en relación con los acuerdos de concesión de licencias, inversiones extranjeras, propiedad industrial e investigación; e establecimiento de centros nacionales para el desarrollo y transferencia de la tecnología, etc.; 2) la cooperación entre países en desarrollo con miras a garantizar la elaboración de acuerdos preferenciales para el desarrollo y la transmisión de tecnología entre ellos y el establecimiento de centros regionales y subregionales con el mismo objeto; 3) la cooperación de los países desarrollados para que fomenten la importación de técnicas originadas en los países en desarrollo, alienten a sus empresas e instituciones a que desarrollen técnicas adecuadas a las necesidades de los países en desarrollo y las divulguen en dichos países; ayuden a organizar programas de capacitación, etc.

En segundo lugar, se entiende que la acción ha de encami-

137. *Ibid.*, cuarto período de sesiones, vol. I (*Informe y Anexos*), págs. 17-21.

narse hacia el establecimiento de la necesaria base institucional que permita a la UNCTAD atender las responsabilidades que le han sido asignadas en la esfera de la asistencia técnica y operacional, en cooperación con las organizaciones internacionales interesadas, especialmente la ONUDI y la OMPI. En fin se hace preciso, en tercer lugar, adoptar medidas para hacer frente a los problemas que plantea la llamada transferencia inversa de tecnología, por lo que aquellos países que se benefician del éxodo de personal capacitado deberían de abstenerse de adoptar políticas que lo promuevan alentando, por el contrario, a dicho personal a permanecer en sus países.

— La *Resolución 88 (IV)*, de 30 de mayo de 1976¹³⁸, sobre propiedad industrial, por la que afirma que en toda nueva orientación en la esfera de la propiedad industrial, deben de reconocerse plenamente las necesidades del desarrollo económico y social, y debe de asegurarse un justo equilibrio entre esas necesidades y los derechos conferidos por la propiedad industrial, insistiendo al propio tiempo en la importancia que para la industrialización de los países en desarrollo, tiene la adecuada explotación de las patentes. Por ello, la Resolución encarece a los Estados miembros de la UNCTAD, que participen en el proceso de revisión del Convenio de París, y recomienda a todos los Estados y organizaciones interesadas tomen en consideración a tal efecto, las conclusiones de los expertos de los países en desarrollo sobre la función del sistema de patentes en la transferencia de tecnología a los países en desarrollo.

— La *Resolución 89 (IV)*, de 30 de mayo de 1976¹³⁹, relativa al código internacional de conducta para la transferencia de tecnología, por la que recomienda la aceleración de la redacción del mismo a fin de que quede terminada a mediados de 1977, y decide establecer a tal efecto, un grupo intergubernamental de expertos que podrá formular disposiciones que vayan desde las obligatorias hasta las facultativas sin prejuzgar la decisión definitiva sobre el carácter jurídico del código.

Valgan estas consideraciones de carácter general para trazar el marco y aproximarse al contexto en el que preferentemente tiene lugar la acción internacional en materia de transferencia internacional de tecnología, cuya complejidad y polifacetismo unida a la multiplicidad y diversidad de factores que sobre la mismo inciden, explica sin duda el que esa acción se haya ca-

138. *Ibid.*, págs. 21-2.

139. *Ibid.*, págs. 22-3.

racterizado por la no singularidad del objetivo perseguido. El examen de algunos de estos objetivos constituye el objeto de la próxima sección.

Conviene, no obstante, dejar constancia de que, al margen del sistema de las Naciones Unidas, la transferencia internacional de tecnología, ha retenido asimismo, el interés de otras organizaciones internacionales como las *Comunidades Europeas*, quienes le han reservado un lugar especial (arts. 26-d y 31), en el tratado de Lomé suscrito el 28 de febrero de 1975 con los Estados llamados A. C. P. (Africa, Caribe, Pacífico)¹⁴⁰, y la *OCDE*, en cuyo seno fueron adoptadas en 1975 un conjunto de tres directrices en materia de transferencia internacional de tecnología, dirigidas a la atención de las empresas de los países vendedores¹⁴¹.

La transferencia internacional de tecnología ha atraído también, la atención de ciertas instituciones internacionales como la *Cámara de Comercio internacional*¹⁴², y ha sido objeto de reflexión en numerosas conferencias internacionales como la de *Pugwash* sobre cuestiones científicas y problemas internacionales¹⁴³, seminarios y congresos científicos.

2. Breve examen de algunos de los objetivos perseguidos por la acción internacional.

A) El código internacional de conducta para la transferencia de tecnología.

En febrero de 1973, el grupo intergubernamental sobre transferencia de tecnología constituido a sugerencia de la II UNCTAD en virtud de la *Decisión 74 (X) de 18 de septiembre de 1970*, de la Junta de Comercio y Desarrollo, adoptó en su segunda sesión, una resolución en la que pedía a Secretario General de la UNCTAD transmitiese a la Junta de Comercio y Desarrollo el

140. Cfr. el texto en OPPETIT, B., *Droit du commerce international*, Paris 1977, págs. 30-40.

141. Cfr. el comentario que de los mismos llevó a cabo el Grupo de trabajo del *Business and Industry Advisory Committee* de la OCE, en *Technology transfer practice...*, cit. págs. 297-306.

142. Cfr., en particular el capítulo III de su Guía para las inversiones internacionales, adoptada por el Consejo el 29 de Noviembre de 1972, en Touscoz, J., *Transferts de technologie, sociétés...*, cit., págs. 303-5.

143. Cfr. su Proyecto de *Código de conducta para la transmisión de tecnología*, distribuido a la UNCTAD bajo signatura /TD/B/AC.11/L.12.

deseo de los países en desarrollo de que ésta examinase la cuestión de preparar un código internacional de conducta en el campo de la transmisión de la tecnología que redundase particularmente en beneficio de aquellos países en diversas etapas de desarrollo y con sistemas económicos y sociales diferentes.

El 8 de septiembre del mismo año, aprobada a Junta su *Resolución 104 (XIII)*, por la que pedía, de una parte, al Grupo que en su tercer período de sesiones (1974), estudiase seriamente la posibilidad y viabilidad de la propuesta, y encargaba de otra, al Secretario General de la UNCTAD preparase los documentos básicos necesarios para la realización de tal tarea, utilizando, si fuera necesario, los servicios de consultores y tomando en consideración los estudios e informes que sobre cuestiones afines hubiesen realizado o estuvieren realizando otros organismos del sistema de las Naciones Unidas u otras organizaciones internacionales competentes. La elaboración de un código de conducta, aparecía de esta suerte, como la respuesta a las recomendaciones formuladas por la Conferencia en su primer y tercer período de sesiones en orden al establecimiento de «una nueva legislación internacional que regule la transmisión de la tecnología patentada y no patentada de los países desarrollados a los países en desarrollo, incluidos los aspectos comerciales y jurídicos relacionados con esta transmisión»¹⁴⁴.

El Grupo rindió su Informe el 6 de junio de 1974, y en él se examinaban: 1.º las bases para la regulación de la transmisión de la tecnología, indicando la importancia que ésta tiene para él, desarrollo; las deficiencias y limitaciones del mercado de la tecnología, traducidas en la falta de información sobre las tecnologías disponibles, en la dificultad para establecer valoraciones, y en la estructura monopolística del mismo entre otras; la preponderancia de las prácticas abusivas, reflejo de la debilidad de la posición negociadora de los países importadores; los elevados costos de la transmisión, etc. (cap. II); 2.º las leyes, reglamentos y políticas nacionales en vigor para regular el proceso de la transmisión (cap. III); 3.º la posibilidad y viabilidad de una reglamentación internacional de la transferencia, superadora de la ordenación contenida en el Convenio de París, para la tecnología patentada, adoptado de espaldas a los intereses de los países en vías de desarrollo (cap. IV). El Informe¹⁴⁵, pone

144. *Resolución 39 (III)*, cit.

145. UNCTAD (Estudio de la Secretaría), *Posibilidad y viabilidad de un código internacional de conducta en el campo de la transmisión de la tecnología*, TD/B/AC.11/22.

en suma particularmente de manifiesto, cómo en los últimos años se ha venido registrando un creciente convencimiento acerca de la necesidad de proceder a una reglamentación internacional de la tecnología, el cual vendría propiciado por el reconocimiento de las limitaciones de una acción ordenadora de fuente exclusivamente estatal, la cual, si bien es cierto que tiene indudables ventajas como puede ser la posibilidad de tomar en consideración las peculiaridades de la economía nacional, presenta aspectos negativos, como las presiones económicas y comerciales que con frecuencia fuerzan a la autoridad estatal a abstenerse de adoptar una legislación verdaderamente eficaz, so pena de ver al proveedor de la tecnología trasladar sus operaciones a países que carecen de una ordenación análoga. A esta circunstancia se añade, de otra parte, el hecho de la falta de coordinación de la mayor parte de las medidas nacionales adoptadas, pues, en efecto, la legislación suele ser fragmentaria y se encuentra dispersa en distintos instrumentos que tratan separadamente de distintos aspectos del proceso de transmisión (inversiones, patentes, divisas...), lo que es causa de frecuentes conflictos de interpretación. Ahora bien, la necesidad de un Código internacional, no ha de entenderse, de acuerdo con el Informe citado, en función de la finalidad exclusiva y limitada de evitar los conflictos inherentes a la proliferación de medidas reguladoras nacionales, sino en su aspecto positivo, esto es, la aceleración ordenada de la transmisión, la cual se presenta como un objetivo de mucha más importancia. El establecimiento del Código, no debiera de otra parte, llevarse a efecto, ignorando las experiencias de aquellos países ya dotados de reglamentaciones particulares sobre transferencia de tecnología, de las que numerosos elementos podrían sin duda aprovecharse; del mismo modo, habrían de tenerse igualmente presentes las disposiciones contenidas en una serie de acuerdos o convenios bilaterales y multilaterales¹⁴⁶, ordenados a facilitar, proteger o reglamentar ciertas relaciones comerciales que aunque ciertamente distintas de la de compra de tecnología pueden resultar no obstante de gran interés para el estudio de un posible código sobre esta materia. El Código podría tener un ámbito puramente regional o subregional, esto es, limitado en su aplicación a un determinado grupo de países importadores de tecnología;

146. Así por ejemplo, el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, el Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional, el Convenio de la Unión de París, el Tratado comunitario de Roma, en sus aspectos tocantes a la competencia, el Convenio sobre un Código de conducta para las Conferencias marítimas, la Decisión n.º 24 del Pacto Andino, etcétera.

sin embargo, aun reconociendo que la adopción de un código de este tipo —código de compradores— tendría indudables ventajas —eliminación de presiones económicas, uniformización de legislaciones— parece preferible la formulación de un código multilateral, reconocido tanto por los compradores como por los vendedores de tecnología, que regule las relaciones entre unos y otros, teniendo presentes los especiales intereses de los países en desarrollo.

En fin, en cuanto a su contenido, el Código podría, en su primera parte, formular una serie de principios económicos generales en orden a fijar un justo equilibrio entre los intereses económicos de suministradores y receptores, y a elaborar métodos efectivos y aceptables para la solución de las controversias; en su segunda parte, el Código podría fijar normas para regular las relaciones comerciales específicas entre compradores y vendedores de tecnología.

El 13 de septiembre de 1974, la Junta de Comercio y Desarrollo, decidió disolver el Grupo intergubernamental y constituir en su lugar un Comité de Transferencia de Tecnología que, asumiendo las funciones encomendadas a aquél, habría de formular recomendaciones, promover políticas generales en el campo de la transferencia de tecnología, orientar a los países en desarrollo y asistir en general a la Junta en las diversas tareas que en este campo tenía encomendadas.

Esta circunstancia dio lugar a la formación de un nuevo grupo de expertos que se reunió en Ginebra del 5 al 16 de mayo y del 24 de noviembre al 3 de diciembre de 1975 con la misión de preparar rápidamente un proyecto de Código de conducta, de suerte que, como la Asamblea General de las Naciones Unidas señalara en su *Resolución 3362 (S. VII) de 16 de septiembre*¹⁴⁷, pudiera someterse a la IV UNCTAD que había de celebrarse al año siguiente en Nairobi. Pero las divergencias entre los expertos de los diversos países representados en el Grupo se revelaron demasiado profundas y éste no pudo cumplir la misión encomendada.

Tales divergencias traducían claramente una posición fundamental entre los puntos de vista de los países no industrializados integrantes del llamado Grupo de los 77 y los de aquellos otros reunidos en el Grupo B, de países desarrollados de economía de mercado. Siguiendo el esquema propuesto por Touscoz¹⁴⁸, cabe señalar que esta oposición entre las dos concepciones principa-

147. *Cit. supra*. Parte II, Sección 1.ª 1.

148. Touscoz, J., «Le code international de conduite pour le transfert de techniques», *Transfert de technologie et développement*, *cit.*, págs. 197-225.

les, agravada por las particulares posiciones de los países socialistas, del Grupo D, se manifiesta básicamente a propósito de los caracteres (universalidad y positividad) y del contenido del Código (disposiciones facultativas e indicativas, prohibiciones y obligaciones)¹⁴⁹.

En relación con los *caracteres* nos encontramos con que el primer punto de fricción surge en torno a la *universalidad del código*, o lo que es lo mismo, acerca de su ámbito de aplicación; éste puede ser examinado desde tres puntos de vista: *ratione personae*, *ratione territorii* y *ratione materiae*, y existiendo una coincidencia casi perfecta entre ambos proyectos en relación con el primero de ellos¹⁵⁰, debe buscarse el enfrentamiento en los dos últimos. En efecto, desde la perspectiva territorial el Código se aplicaría según el Grupo B (art. 1.1.a) a las transacciones en virtud de las cuales se transfiriere tecnología a través de fronteras nacionales, esto es, a los acuerdos de importación/exportación de tecnología, celebrados entre un residente que importa y un no residente que exporta, mientras que según la tesis de los países del Grupo de los 77 (art. 2.2), el Código se aplicaría no sólo

149. Los textos revisados de los anteproyectos presentados en nombre de los expertos de cada uno de estos tres grupos, y reproducidos en el documento TD/AC.1/7, anexos II, III y IV, pueden también consultarse en el *Informe del grupo intergubernamental de expertos sobre un código internacional de conducta para la transferencia de tecnología, acerca de su tercer período de sesiones, 1977*, reproducido como documento TD/AC.1/9, así como también en OPPETIT, B., *Droit du commerce...*, cit., págs. 301-17. Por su parte, señala PATEL, S., «Le projet de code sur les transferts de technologie», en el colectivo *Transferts de technologie, sociétés...*, cit., págs. 79-84, «*the essential characteristic of each draft, is the manner in which rights and obligations of supplying countries and enterprises are balanced with those of the acquiring country. The group of 77 text is particularly concerned with the redressing the perceived imbalance in favour of sellers of technology while the others texts are addressed to refining and in a few cases modifying the present situation*».

150. Cfr. en este sentido el texto del art. 1.1. b, del proyecto del Grupo B —sustancialmente idéntico al del art. 2.1 a, del proyecto de los 77— en virtud del cual, el Código se aplicará a las transacciones «entre personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, individuales o colectivas, incluidas las sociedades de capital, las sociedades de personas, las compañías y otras asociaciones y organizaciones, sean propiedad de Estados, de personas naturales o jurídicas o de cualquier combinación de estas entidades, o estén controladas o hayan sido organizadas o creadas por Estados, por personas naturales o jurídicas o por cualquier combinación de estas entidades. El término comprende las empresas mixtas así como cualesquiera empresas subsidiarias o filiales. También comprende los Estados, los organismos gubernamentales y las organizaciones internacionales, regionales o subregionales, cuando realicen transferencias internacionales de tecnología con fines comerciales.

a esta categoría de acuerdos sino incluso a los contratos llamados de comercialización interna de tecnología (de origen extranjero) celebrados entre residentes, cuando en uno de ellos concurre la condición de sucursal o filial de una empresa extranjera, o esté de algún modo controlado por ella, o actúe de intermediario en la transferencia de tecnología de propiedad extranjera. Desde una perspectiva material, que atiende a la naturaleza de las transacciones regidas por el Código, interesa observar que si bien coinciden ambos proyectos en contemplar una transferencia de tecnología en sentido amplio, referida tanto a conocimientos técnicos propiamente dichos o de producción, como a los de comercialización y de gestión, ya se hallen especialmente protegidos, por la ley o por el secreto (tecnología *stricto sensu*), o no (asistencia técnica), y ya se encuentren o no incorporados, con la única excepción de la pura y simple venta de maquinaria o de mercaderías (arts. 2.2. y 2.3. y 1.2. y 1.3. de los proyectos del Grupo de los 77 y B respectivamente), difieren a la hora de delimitar el concepto de transacción, pues mientras para el Grupo B ésta ha de traducirse en una operación de carácter estrictamente contractual (art. 1.1.a), entiende el grupo de los 77 (art. 2.2.) que «el código se aplicará a todas las transacciones, acuerdos o estipulaciones, independientemente de su forma jurídica, que tengan por finalidad o como una de sus finalidades», la transferencia de tecnología. Por último, interesa señalar la coincidencia de ambos proyectos en que el Código habrá de aplicarse cualquiera que sea el nivel de desarrollo de los países interesados y los sistemas económicos, sociales o políticos de los países entre los que se efectúe la transferencia.

Por lo que atañe en segundo lugar a la *positividad del código*, o en otros términos, a su carácter jurídico, baste señalar como las diferencias quedan claramente puestas de manifiesto desde las primeras líneas de ambos proyectos, al declararse en el preámbulo mismo del de los 77 (apartado 8.º) que el Código es «un instrumento internacional de carácter obligatorio», lo que indudablemente contrasta con lo declarado asimismo en el preámbulo, *in fine*, del proyecto del grupo B, donde se establece un código de conducta «consistente en directrices para la transferencia de tecnología», idea ésta reiterada con mayor nitidez si cabe en los artículos 2.1. y 2.3. y en los siguientes términos: el código de conducta «establece directrices generales y equitativas, universalmente aplicables, teniendo en cuenta los legítimos intereses de todas las partes en la transferencia así como los de los Gobiernos» (art. 21), o también, que «es de carácter general y voluntario, por lo que no afecta a las obligaciones jurídicas, en

particular, las obligaciones impuestas a los Estados por el derecho internacional consuetudinario, o establecidas en tratados, en otros acuerdos internacionales o en contratos (art. 2.1.i).

Esta acusada divergencia entre ambos proyectos, recuerda Touscoz¹⁵¹, constituye una de las cuestiones más controvertidas y determina en buena parte la no menos aguda oposición que se registra entre aquellas en el terreno de la *ley aplicable* y en el de los *mecanismos para la solución de las controversias*. En efecto, por lo que respecta a la ley aplicable, a los acuerdos de transferencia, se enfrentan la ley del país receptor de la tecnología, postulada por el Grupo de los 77 (art. 8.1.), y el principio de la autonomía de la voluntad que, defendido por los países del grupo B, debería permitir a las partes, elegir la ley aplicable¹⁵².

Idéntica oposición se registra en el plano jurisdiccional, donde frente al proyecto de los 77 (art. 8.2) que parece atribuir al fuero del receptor competencia exclusiva para conocer de los litigios que se susciten sobre los acuerdos de transferencia, aunque sin excluir la posibilidad de recurso al arbitraje a no ser que lo impida la ley aplicable, se sitúa el proyecto del grupo B para proclamar una vez más, en toda su extensión, el principio de la autonomía de la voluntad en esta materia, de suerte que las partes no sólo gozarán de libertad para la elección del foro, sino que podrán derogar la competencia de la jurisdicción contenciosa en beneficio de una instancia arbitral (arts. 7.3 y 7.4).

El examen del *contenido*, revela asimismo la existencia de marcadas diferencias entre los dos proyectos, explicables, según Touscoz¹⁵³, porque las reglas que en uno y otro se enuncian re-

151. Touscoz, J., «Le code international...», *cit.* pág. 209.

152. De acuerdo con el art. 7.1, del proyecto del Grupo B, «las partes en un acuerdo de transferencia de tecnología deberían gozar de plena libertad para escoger la ley por la que se hayan de regir la validez, la aplicación y la interpretación del acuerdo, siempre que haya una relación sustancial entre el Estado cuya ley se elija y las partes en el acuerdo o entre dicho Estado y la transacción, o que exista otra base razonable para la elección de las partes. Las partes deberían asimismo, estar en libertad para dejar la decisión acerca de la ley que habrá de regir el acuerdo al órgano que juzgue una controversia relativa a una transferencia de tecnología». Y añade el art. 7.2, que, «si las partes interesadas no hubieran elegido efectivamente la ley aplicable, se debería considerar como ley sustantiva, por la que se regirían la validez, la aplicación y la interpretación del acuerdo, la ley del Estado cuya relación con la transacción y con las partes fuese la más estrecha, habida cuenta de los siguientes elementos: 1) lugar de aplicación, 2) localización del objeto del contrato; 3) lugar del contrato; 4) domicilio, residencia, nacionalidad, lugar de constitución y lugar de la actividad de las partes; 5) lugar de la negociación».

153. Touscoz, J., «Le code international...», *cit.* págs.213-4.

posan en suma sobre postulados antagónicos: «*le groupe des 77 cherche à obtenir une réglementation des transferts dans un souci d'équité et dans le but d'augmenter les pouvoirs des gouvernements et des entreprises qui acquierent la technologie tandis que les pays du groupe B s'efforcent de refoncer ou de maintenir la sécurité et la liberté des relations purement conventionnelles*».

Buena prueba de ello es por ejemplo la diferente intervención que se propugna en relación con el contenido de los acuerdos o transacciones. Así, y por lo que se refiere al sector de las *prácticas restrictivas de la competencia*, vemos cómo en el proyecto del grupo de los 77 se incluye una prohibición de carácter general (art. 4.1.), que se ilustra con una larga y detallada relación de prácticas o acuerdos proscritos (art. 4.2), los cuales, con independencia de que consten o no por escrito, se sancionan con la nulidad (art. 4.3), salvo que puedan excepcionalmente considerarse válidas si la autoridad del país receptor entiende que, en conjunto, su efecto sobre la economía nacional, no será perjudicial (art. 4.4.); frente a esto, el proyecto del grupo B, se limita a señalar mucho más lacónicamente, «las prácticas comerciales restrictivas relacionadas con el empleo de licencias para la explotación de patentes y/o de conocimientos técnicos, así como de licencias para la utilización de marcas comerciales que comprendan patentes y/o conocimientos técnicos», de las que las partes en una transacción de transferencia de tecnología deberían abstenerse (art. 5.1.) salvo que exista justificación.

En el mismo sentido, pasando de las obligaciones de no hacer a las de contenido positivo, encontramos que mientras en el proyecto del grupo B se habla, desde la perspectiva de la obtención del máximo beneficio mutuo del acuerdo suscrito, de «responsabilidades de las empresas de procedencia y de las empresas receptoras» (cap. IV) estableciéndose a tal efecto un listado de deberes tanto comunes como exclusivos de unas y otras (arts. 4.1, 4.2 y 4.3) el proyecto del grupo de los 77 se refiere en su capítulo V a las «garantías»¹⁵⁴, que fundamentalmente las empresas proveedoras deberán prestar con carácter general (art. 5.1) o a requerimiento del gobierno del país receptor (art. 5.3).

154. Noción ésta cuya clarificación desde un punto de vista jurídico fue solicitada por los expertos del Grupo B, y que a juicio de TOUSAOZ, J., *Le code international...*, cit. pág. 221, nota 60, significa que el contrato que no comporte las garantías prescritas puede ser anulado, o que la empresa proveedora puede ser condenada a indemnizar al receptor por el perjuicio que le haya podido ocasionar la falta de garantía o la falta de respeto de la misma.

Del mismo modo, se observa en el capítulo que ambos proyectos reservan a las *leyes, reglamentos y políticas* que en *materia de transferencia de tecnología* pueden adoptar los Estados, que mientras el de los 77 pretende ofrecer, mediante la expresión de una relación de medidas a adoptar¹⁵⁵, a los gobiernos de los países en desarrollo un modelo de legislación nacional en la materia¹⁵⁶, el proyecto del grupo B, no recoge medida alguna en concreto, limitándose a señalar que ese poder reconocido a los Estados debe de ejercerse «dentro del marco del derecho internacional, de los tratados y de los acuerdos internacionales aplicables» (art. 3.1); que tales leyes y reglamentos «deberían aplicarse de manera previsible y equitativa» (art. 3.4), y deberían asimismo de «tener en cuenta los derechos de que son titulares las empresas de procedencia y receptoras, cuando existan obligaciones jurídicas contractuales o de otra índole» (art. 3.5); que en fin, los derechos de la propiedad industrial deberán de quedar salvaguardados mediante el establecimiento de sistemas apropiados en la línea de los acuerdos internacionales existentes en la materia (art. 3.6).

La diferencia de planteamientos se evidencia por último igualmente en relación con la prevista *colaboración internacional* en materia y con el *especial tratamiento* de que deberían ser objeto los *países en desarrollo* (capítulo VI de ambos proyectos).

Las divergencias que sucintamente dejamos expuestas, impidieron efectivamente al Grupo de Ginebra cumplir con la misión encomendada, y por ello, en Nairobi, la Conferencia, carente de un proyecto único de Código sobre el que discutir no pudo sino adoptar la ya citada resolución 89 (IV) de 10 de junio de 1976, solicitando la aceleración de los trabajos en vista de la consecución de tal objetivo.

Fruto de esta misma resolución fue también la constitución de un nuevo grupo de trabajo, abierto a la participación de todos los países miembros, que habría de seguir esforzándose en vista de la formación del deseado Código; es por este cauce

155. Estas medidas que, en número de trece, se enuncian en el art. 3.2 del proyecto, hacen referencia entre otras cosas, a las modalidades y condiciones de los acuerdos; al riesgo del desplazamiento a manos extranjeras de la propiedad o control de las empresas nacionales; a las condiciones de acceso al crédito interno por parte de las empresas extranjeras; al nivel y modalidades de los pagos por tecnología así como a su tratamiento fiscal; a las estructuras administrativas a establecer o reforzar para ayudar a las partes interesadas en la evaluación, negociación y renegociación de los acuerdos así como para velar por su cumplimiento.

156. Toussez, J., «Le code international...», *cit.* pág. 216.

que se ha llegado a la formación de un anteproyecto de texto combinado de código internacional de conducta, lo que representa sin duda, un paso fundamental en orden a la obtención del documento de base sobre el que se habrá de negociar en una futura Conferencia de las Naciones Unidas sobre transferencia internacional de tecnología¹⁵⁷.

En todo caso, creo con Jequier que, con independencia de cual sea el resultado final al que se llegue tras esta confrontación, cuyas líneas maestras han quedado descritas, puede decirse que con su planteamiento se ha logrado ya al día de hoy, un doble e importante efecto como es el de haber extraído la problemática de las transferencias del «gheto de la confidencialidad», y el haber creado la conciencia de que es precisa una cierta moralización de las mismas¹⁵⁸.

B) *La ley modelo en materia de inversiones para los países en vías de desarrollo.*

El 19 de diciembre de 1961, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptaba como se recordará su *Resolución 1710 (XVI)*¹⁵⁹, relativa a la función de las patentes en la transferencia de tecnología a los países en desarrollo en la que haciéndose eco de la iniciativa de países como Brasil y Bolivia (que habían puesto de manifiesto a través de un proyecto de resolución sometido a la misma Asamblea el interés de que el sistema internacional de patentes se aplicara de forma que pudieran conciliarse las legítimas pretensiones de los titulares de las patentes y las exigencias de los países en vías de desarrollo) solicitaba del Secretario General, la preparación de un informe que habría de incluir: 1) un estudio sobre los efectos de las patentes en la economía de los países en desarrollo; 2) un examen de la legislación en materia de patentes de ciertos países desarrollados y subdesarrollados, con una particular referencia al régimen de las patentes extranjeras; 3) un análisis de las características que presenta la legislación de patentes en los Estados subdesarrollados habida cuenta de la necesidad que éstos experimentan de absorber rápidamente productos y técnicas nuevas y de elevar el nivel de sus economías; 4) una recomendación sobre la opor-

157. Cfr. el texto combinado, en el *Informe del grupo intergubernamental...*, TD/AC.1/9, cit., anexo I.

158. JEQUIER, N., «Codes de conduite en matière de transfert technologique», *Revue Tiers-Monde*, 1976, págs. 115-24.

159. Cit. supra. Parte II, Sección 1.ª 1.

tunidad de reunir una Conferencia internacional con la misión de examinar, con la colaboración de la Unión internacional para la protección de la propiedad industrial, los problemas relativos al otorgamiento, protección y utilización de las patentes, teniendo presente las disposiciones de los convenios internacionales en vigor y las necesidades específicas de los países en vías de desarrollo.

La Resolución 1710 (XVI), constituye así el primer exponente del proceso de internacionalización del problema de las patentes en los países subdesarrollados, y da, al propio tiempo, un paso fundamental hacia la colaboración internacional en la materia, que como es sabido, ha sido, en el caso de los BIRPI, particularmente fructífera. En este sentido merece destacarse en primerísimo lugar el fundamental informe conjunto titulado *La función de las patentes en la transferencia de tecnología a los países en desarrollo*, que en virtud de la *Resolución 1013, de 27 de julio de 1964*¹⁶⁰, remitió el Consejo Económico-Social a la Asamblea General, y en la que aquél, tras reafirmar la importancia que para el desarrollo económico de los países menos avanzados tiene el acceso a los conocimientos y experiencias adquiridos en el campo de las ciencias aplicadas y de la tecnología, rogaba asimismo al Secretario General «que explore las posibilidades de adaptar la legislación relativa a la transferencia de técnicas industriales a los países en desarrollo, en colaboración con las instituciones internacionales competentes, concretamente, los organismos de las Naciones Unidas y la Oficina de la Unión internacional para la protección de la propiedad industrial, así como de suministrar a los países en desarrollo cauces suplementarios de difusión y de transmisión de documentación y de procedimientos técnicos»¹⁶¹.

160. *Cit. supra.* Parte II, Sección 1.ª 1.

161. En aplicación de la resolución 1013 (*cit. supra.*) las Naciones Unidas concluyeron con los BIRPI, en 1964, un acuerdo de trabajo materializado en un intercambio de cartas entre el subsecretario de asuntos económicos y sociales, Ph. de SEYNES, y el director de los BIRPI, G. H. C. BODENHAUSEN, en virtud del cual, la Secretaría de la ONU y los BIRPI se intercambiarían, de una parte, documentación e información en relación con las materias de interés común, y por el que, de otra, representantes de la Secretaría General de las Naciones Unidas serían invitados, en calidad de observadores, tanto a las conferencias diplomáticas organizadas por los BIRPI, como a las reuniones de los órganos, comités, grupos de trabajo o seminarios organizados por éstos; inversamente, representantes de los BIRPI serían invitados a asistir a las sesiones de la Asamblea General, ECOSOC, y otros órganos de las Naciones Unidas, cuando en tales reuniones se abordasen temas de propiedad industrial. *Cfr. La propriété Industrielle*, 1976, pág. 210. Este acuerdo

Entretanto, y como resultado de la Resolución 1710 (XVI), en la sesión conjunta que en octubre de 1962 habían celebrado la Oficina permanente del Comité consultivo de la Unión de París y el Comité permanente de la Unión de Berna, fue adoptada una resolución por la que se convocaba un Comité de expertos encargado de estudiar los problemas planteados en los países menos desarrollados en el campo de la propiedad industrial. El Comité se reunió en Ginebra un año más tarde, y fruto de sus deliberaciones fue una recomendación en la que entre otras cosas, se aconsejaba a los BIRPI la preparación, de una parte, de un proyecto de ley tipo para la protección de las invenciones y perfeccionamientos técnicos, y la puesta en marcha de otra con la colaboración financiera de las Naciones Unidas y de los Estados miembros de la Unión, de un programa de asistencia técnica. Los BIRPI terminaron su trabajo en 1964, y tanto el proyecto de ley modelo como su comentario fueron sometidos al juicio de un Comité de expertos¹⁶², que reunido en Ginebra del 19 al 23 de octubre de 1964 adoptó una resolución por la que:

«Expresa la opinión que el proyecto respeta las necesidades particulares de los países en vías de desarrollo y constituye un modelo práctico para la legislación de estos países.

Recomienda que el proyecto de ley-tipo y el informe, revisados sobre la base de las deliberaciones del Comité, sea transmitido a los Gobiernos de los Países en vías de desarrollo invitados a la reunión, a los Estados miembros de la Unión Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial, al Secretario General de las Naciones Unidas y a los otros organismos internacionales invitados a la reunión.

Recomienda que los BIRPI sigan en contacto con los Gobiernos de los países en desarrollo, y toda organiza-

de colaboración se renovará en 1970, tras la entrada en vigor del Tratado constitutivo de la OMPI, mediante un nuevo intercambio de cartas entre el entonces Secretario General de la ONU, U THANT, y el director general de la OMPI, BODENHAUSEN.

162. Ambos textos fueron igualmente transmitidos, para mayores comentarios, a aquellos Estados miembros de la Unión de París que no siendo países en desarrollo, no habían sido invitados a formar parte del Comité, así como también a las Naciones Unidas y otros organismos internacionales como el Consejo de Europa, el Instituto Internacional de Patentes, la Cámara de Comercio Internacional, la Asociación Interamericana para la Propiedad Industrial, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores en Propiedad Industrial, etcétera.

ción, conferencia u órgano internacional que trate los problemas de los países en desarrollo, y que continúe ofreciéndoles:

- asistencia, sobre la base del proyecto de ley y del informe revisados, en el campo de la adaptación o de la adopción de la legislación relativa a las invenciones.
- asistencia en la evaluación del papel que juega la propiedad industrial en la industrialización de los países en desarrollo.
- asistencia para la formación de personal cualificado para la administración de la legislación sobre propiedad industrial.
- asistencia en el establecimiento y administración eficaces de oficinas de propiedad industrial nacionales o regionales.»

La ley modelo fue publicada en 1965, y en una valoración de conjunto ha podido afirmarse que *«les besoins particuliers des pays sous-développés sont considérés comme satisfaits par une réglementation assez minutieuse, quoique très modérée des licences, contractuelles et obligatoires»*¹⁶³. En este sentido pueden destacarse en particular los artículos 32 y 33, relativos a los contratos de licencia de patentes y de *know-how* que comporten pagos al exterior, los cuales podrán, de una parte quedar sujetos, bajo sanción de nulidad, al previo examen y autorización de la autoridad nacional competente, y no podrán, de otra, incorporar cláusulas que impongan al licenciatarío restricciones en el terreno industrial o comercial.

Desde 1974, la ley modelo ha venido siendo objeto de nuevas reflexiones por parte de un grupo de trabajo —constituido sobre la base de la recomendación formulada por el comité permanente de la OMPI para la adquisición por los países en vías de desarrollo de técnicas en relación con la propiedad industrial, en su primera sesión de Ginebra de marzo de 1974 —al que se le ha asignado la tarea de examinar y discutir el proyecto preparado por los BIRPI sustituyendo, o eventualmente completando algunas de sus disposiciones por nuevas disposiciones— tipo, especialmente en relación con las licencias contractuales y el *know-how*, que reguladas de forma sumaria en la ley modelo ya

163. HIANCE, M. y PLASSERAUD, Y., *Brevets et sous-développement*, cit. pág. 151.

no corresponden a las exigencias de nuestros días como revelan los recientes desarrollos legislativos de ciertos países en desarrollo¹⁶⁴.

C) *La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.*

El 18 de mayo de 1972, la III Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, aprobó su *Resolución 45 (III)*¹⁶⁵, por la que decidió constituir un grupo de trabajo de representantes gubernamentales de treinta y un Estados miembros al objeto de elaborar el texto de un proyecto de Carta de derechos y deberes económicos de los Estados que habría de inspirarse fundamentalmente en los principios generales elaborados por la Conferencia en su primer período de sesiones, en las propuestas o sugerencias presentadas sobre el particular durante el tercer período de sesiones, en las resoluciones adoptadas por las Naciones Unidas dentro del marco de la Estrategia Internacional del Desarrollo para el Segundo decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo, y, en fin, en los principios contenidos en la Carta de Argel y en la Declaración y principios del programa de acción de Lima¹⁶⁶.

La resolución cuya adopción propuso Etiopía en nombre del Grupo de los 77 en la 108.^a sesión plenaria de la Conferencia, encontraba su origen más inmediato en el discurso pronunciado el 19 de abril por el Presidente de México en el curso de la 92.^a sesión plenaria de ésta¹⁶⁷, y en el que el señor Echevarría manifestó, de una parte, la frustración sentida por los países en desarrollo por la no consecución de la mayor parte de los objetivos fijados en la I Conferencia, no obstante su vital importancia y su asequibilidad. Denunció de otra parte la ausencia de un marco adecuado de cooperación internacional sin el cual difícilmente podría obtenerse un crecimiento económico lo bastante acelerado para atender una demanda social multiplicada, así como también el deterioro creciente de las naciones en vías de desarrollo, lo que presagiaba el arranque de un proceso de invo-

164. Cfr. sobre la marcha de los trabajos del Grupo a lo largo de las siete sesiones que hasta ahora ha celebrado, *La Propriété Industrielle*, 1975, págs. 230 ss.; 1976, págs. 86 ss. y 217 ss.; 1977, 23 ss. y 175 ss.; 1978, págs. 200 ss.

165. *Cit. supra*. Parte II, Sección 1.^a 1.

166. *Cit. supra*. Parte II, Sección 1.^a 1.

167. Cfr. el texto íntegro en *El Trimestre Económico*, 1972, págs. 665-73.

lución que habría de afectar a toda la comunidad. Expresó en tercer lugar su convencimiento acerca del carácter individual del progreso de la sociedad humana de suerte que nada de lo que aconteciera en un país había de resultar indiferente en los demás, por lo que «ver el futuro en términos locales es ignorar el carácter internacional de la economía contemporánea y la circunstancia de que las soluciones profundas han de buscarse desde una perspectiva general». Aclaró, además, que no se trataba exclusivamente de una confrontación entre países ricos y pueblos desposeídos puesto que los intereses de unos y otros podían y debían ser convergentes, sino más bien de una toma de conciencia sobre la corresponsabilidad mundial del presente y del porvenir. Terminó el presidente diciendo que «no es posible un orden justo y un mundo estable en tanto no se creen obligaciones y derechos que protejan a los Estados débiles», y que era preciso desprender «la cooperación económica del ámbito de la buena voluntad para cristalizarla en el campo del Derecho (y trasladar) los principios consagrados de solidaridad entre los hombres a la esfera de las relaciones entre los países», para proponer, en fin, la elaboración de una Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados complementaria de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Entre este momento y el 12 de diciembre de 1974, fecha en la que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó a través de su Resolución n.º 3281 (XXIX)¹⁶⁸, la también llamada «Carta Echevarría», media un plazo que no por breve resulta poco denso o rico en acontecimientos. En este sentido destaca en primer término, la intensa ofensiva diplomática desplegada por el Gobierno mexicano y muy particularmente por su Presidente, al objeto de lograr una amplia difusión del documento y el respaldo del mayor número de Estados¹⁶⁹. Ha de mencionarse en segundo lugar la celebración en Argel del 5 al 9 de septiembre de 1973, de la IV Conferencia de países no alineados¹⁷⁰, causa próxima de la VI sesión extraordinaria de las Naciones Unidas que, como se ha indicado, se cerrará con la adopción de una Declaración y de un Programa de acción para el establecimiento de un Orden Económico Internacional, en los que se aludirá, al

168. Cfr. el texto en *United Nations. Yearbook*, 1974, pág. 402.

169. Cfr. especialmente a este respecto, FLORES CABALLERO, R., «La elaboración de la Carta. Antecedentes de un nuevo orden económico internacional», en el colectivo *Justicia Económica Internacional*, cit., espec. págs. 41-53.

170. FISCHER, V. G., «La conference des non-alignés d'Alger», *Annuaire Francais de Droit International*, 1973, págs. 9-53.

igual que en la Declaración económica de Argel, a la Carta en gestación como instrumento en orden a la consecución de un nuevo sistema de relaciones económicas internacionales basado en la equidad, igualdad soberana e interdependencia de intereses entre países desarrollados y en desarrollo.

En fin, no deben olvidarse las negociaciones desarrolladas en el seno del Grupo de los 40 (resultante de la ampliación del Grupo de trabajo constituido en base a la *Resolución 45 (III)*, encargado de la elaboración del proyecto de Carta; las negociaciones, laboriosísimas¹⁷¹, revelaron una vez más la irreductible oposición entre los puntos de vista de los países desarrollados y en desarrollo, hasta el punto de que, a pesar de los esfuerzos de los participantes y el gran número de reuniones, formales e informales, habidas, el Grupo fracasó en su cometido, por lo que a iniciativa de México, decidieron los 77 en un último esfuerzo elaborar sobre la base de aquellos artículos sobre los que se había logrado un acuerdo en el grupo de trabajo, y a partir de sus propias concepciones en lo que tocaba a los temas pendientes¹⁷², un texto propio y completo de Carta que, previa circulación a otros grupos regionales y tras haber incorporado algunas de las observaciones formuladas por éstos, fue sometido a la Asamblea General, resultando finalmente adoptado con seis votos en contra¹⁷³, y diez abstenciones¹⁷⁴.

La Carta, ha señalado Castañeda¹⁷⁵, «persigue como objetivo fundamental el mejorar la situación de aquellos pueblos que más

171. *Cfr.* sobre la cuestión FLORES CABALLERO, R., «La elaboración de la Carta...», *cit.* págs. 60-80; también, CASTAÑEDA, J., «La Charte des droit et devoirs économiques des Etats. Notes sur son processus d'élaboration», *Annuaire Français de Droit International*, 1974, págs. 31-56, espec. págs. 42-52.

172. Estos eran principalmente los siguientes: asociación de productores de materias primas, soberanía de los recursos naturales, régimen de las inversiones extranjeras y de las empresas multinacionales, nacionalizaciones, no discriminación en el comercio y la cláusula de la nación más favorecida, utilización en favor de los países en desarrollo de los recursos económicos liberados por el desarme, protección del medio ambiente, y formulación del principio de un patrimonio común de la humanidad constituido por los fondos marinos situados fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

173. Los de Estados Unidos, Inglaterra, R. F. Alemania, Bélgica, Luxemburgo y Dinamarca.

174. Las de Australia, Canadá, Francia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Países Bajos, Noruega y España.

175. El profesor CASTAÑEDA presidió las cuatro sesiones celebradas por el grupo de los 40, entre 1972 y 1974; *cfr.* su trabajo «La Carta de derechos y deberes económicos de los Estados desde el punto de vista del Derecho

se han perjudicado con al estructura del comercio mundial y la división internacional del trabajo que privan hoy en día», y por consiguiente, tiene sobre todo en cuenta los intereses del Tercer Mundo; sin embargo no debe de considerarse como un documento del Tercer Mundo ni para el Tercer Mundo, al estilo de la de Argel; la Carta fue concebida como instrumento de carácter universal que debía reflejar y regular básicamente las relaciones económicas entre todos los Estados, desarrollados o en desarrollo, de economía de mercado o planificada, y sólo desde esta perspectiva se explica suficientemente tanto el método seguido para su elaboración, esto es, negociación en el seno de un grupo en el que estaban suficientemente representados Estados industrializados de economía de mercado, socialistas y subdesarrollados¹⁷⁶, como las dificultades, en ocasiones insuperables, que en esta tarea planteaban la divergencia de los intereses en presencia.

Ratione materiae, presenta la Carta un contenido ciertamente heterogéneo, dándose cita en ella, factores de índole tan diversa como el ejercicio de la soberanía estatal tanto en el terreno conómico como en político, social o cultural (art. 1.º), la explotación de los recursos naturales (art. 2.1 y 3), la reglamentación de las inversiones extranjeras, de las actividades de las empresas transnacionales y de las nacionalizaciones (art. 2.2), el derecho de asociación en organizaciones de productores de materias primas (art. 5), la cooperación internacional en orden a la promoción del progreso económico-social (arts. 6 a 9), el desarme (art. 15), el colonialismo, el *apartheid* y la discriminación racial (art. 16), el sistema de preferencias arancelarias generalizadas (arts. 18 y 19), las fuentes de financiación (art. 22), y la protección del medio ambiente (art. 30). Interesa sin embargo, a los fines del presente trabajo la expresa referencia que la transferencia internacional de tecnología se contiene en la Carta que examinamos, la cual, tras declarar en su artículo 9 que todos los Estados tienen la responsabilidad de cooperar, entre otras, en la esfera tecnológica, sienta en su artículo 13 que:

internacional», en el colectivo *Justicia Económica Internacional*, cit. págs. 81-120, así como también, «La Charte des droits...», cit. Puede consultarse asimismo entre la numerosa bibliografía existente, VIRALLY, M., «La Charte des droits et devoirs économiques des Etats. Notes de lecture», *Annuaire Français de Droit International*, 1974, págs. 57-77; FEUER, G., «Reflexiones sur la Charte des droits et devoirs économiques des Etats», *Revue Générale de Droit International Public*, 1975, págs. 273-320.

176. Cfr. la resolución 45 (III), cit.

«1. Todo Estado tiene el derecho de aprovechar los avances y el desarrollo de la ciencia y la tecnología para acelerar su desarrollo económico y social.

2. Todos los Estados deben promover la cooperación internacional en materia de ciencia y tecnología así como la transmisión de tecnología, teniendo debidamente en cuenta, todos los intereses legítimos, inclusive entre otros, los derechos y deberes de los titulares, proveedores y beneficiarios de la tecnología. En particular, todos los Estados deben facilitar el acceso de los países en desarrollo a los avances de la ciencia y la tecnología modernas, la transmisión de tecnología y la creación de tecnología autóctona en beneficio de los países en desarrollo, según formas y procedimientos que convengan a las economías y necesidades de estos países.

3. En consecuencia, los países desarrollados deben cooperar con los países en desarrollo en el establecimiento, fortalecimiento y desarrollo de sus infraestructuras científicas y tecnológicas y en sus investigaciones científicas y actividades tecnológicas de modo de ayudar a expandir y transformar las economías de los países en desarrollo.

4. Todos los Estados deben cooperar en la investigación con miras a desarrollar directrices o regulaciones adecuadas internacionalmente para la transferencia de tecnología, teniendo plenamente en cuenta los intereses de los países en desarrollo.»

Con ello queda puesto de manifiesto la enorme importancia que en orden al establecimiento de un nuevo orden económico internacional, dentro de cuya dinámica se inserta, indudablemente la Carta (de acuerdo con su Preámbulo, «un objetivo fundamental de la presente Carta, es promover el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional basado en la equidad, la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación entre todos los Estados, sin distinción de sistemas económicos y sociales), posee la transferencia internacional de tecnología de los países desarrollados a los países en desarrollo; esta transferencia debe operarse según formas y procedimientos que convengan a las economías y necesidades de estos países, y es claro que aunque la Carta no constituye más que una declaración solemne, resultando desde un punto de vis-

ta jurídico no obligatoria¹⁷⁷, ha provocado una cierta y positiva convulsión en las relaciones internacionales, sentando al propio tiempo las bases a partir de las cuales puedan concluirse acuerdos obligatorios en la materia¹⁷⁸.

SECCIÓN 2.ª

El control de las transferencias a escala regional

1. *El sistema del Pacto Andino.*

La política tecnológica y su ordenación positiva ha constituido en los países del Grupo andino un proceso que como en la mayor parte de los países latinoamericanos ha corrido paralelo al de la regulación de las inversiones extranjeras¹⁷⁹.

El encabezamiento mismo de la Decisión n.º 24 del Acuerdo de Cartagena —*Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías*— pare-

177. La evaluación del valor jurídico de la Carta, ha señalado VIRALLY, M., «La Charte des droits...», *cit.*, págs. 57-8, «plantea problemas difíciles (...), el valor jurídico de la Carta no puede ser determinado por referencia a sus aspectos formales exclusivamente (...), el valor jurídico de los derechos y deberes económicos de los Estados proclamados por la Asamblea General no puede ser objeto de un juicio de conjunto, de alcance general, sino únicamente de juicios particulares que pueden diferir considerablemente en función del derecho o del deber considerado» (*la traducción, del francés original, es mía*). Cfr. también sobre esta cuestión, FEUER, G., «Reflexión sur...», *cit.*, pág. 298-306; POLANCO ALCÁNTARA, T., «La obligatoriedad y validez de la Carta de los derechos y deberes económicos de los Estados», en el colectivo *Derecho Económico Internacional...*, *cit.* págs. 123-36.

178. ¿Acaso el código de conducta para la transferencia internacional de tecnología? Es en este sentido que se refiere CASTAÑEDA, J., «La Charte des droits...», *cit.* pág. 35, a la Carta como código de base: «il est évident que la simple énonciation de cette norme fondamentale a l'égard de chacun des problèmes généraux contenus dans la Charte ne saurait constituer en elle-même une réglementation suffisante et adéquate en ce qui concerne chacune de ces matières. La Charte possède toute fois d'une certaine manière le caractère d'une constitution en ce que celle-ci ne saurait énoncer que des normes de base. Il appartiendra au futur, au cours des années à venir, que les uns et les autres de ces problèmes fassent l'objet de dispositions codificatrices, logiquement plus détaillées mais sur la base des normes essentielles contenues dans la Charte».

179. WHITE, E. y ZALMENDO, S., «El marco jurídico de las inversiones extranjeras en América Latina», *Información Comercial Española*, Junio-Julio/1978, págs. 186-91.

ce confirmar este fenómeno que data como el hecho mismo de la integración andina de fecha muy reciente¹⁸⁰, de suerte que con anterioridad a este momento, no obstante el peso que en la historia económica de los países de la zona han tenido las inversiones extranjeras, sólo cabe referirse a un conjunto de normas sectoriales y dispersas de naturaleza preferentemente cambiaria e impositiva¹⁸¹. Adoptada en el tercer período extraordinario de sesiones de la Comisión, en diciembre de 1970, y sancionada por los países fundadores en junio de 1971, previa consideración de la experiencia adquirida por cada uno de ellos en la materia, la Decisión n.º 24 constituye el fruto más temprano de los esfuerzos desarrollados en la región en orden a paliar y controlar los negativos efectos de una política extremadamente liberal en este sector de problemas. La que ahora se adopta, «está basada en una apreciación del papel crítico que la tecnología desempeña en el desarrollo económico y en el reconocimiento de la importancia de la tecnología importada en los países andinos, habiéndose tomado debida nota del hecho de que el mercado ampliado resultante de la integración andina ofrece nuevas perspectivas para la actividad económica dentro de dicha área¹⁸².

De acuerdo con esta política, se organiza un sistema que tiene por objeto la coordinación de las importaciones de tecnología con el desarrollo de unas técnicas propias, y que descansa en tres pilares fundamentales: de una parte (arts. 23 y 24), el de la *promoción y protección de las tecnologías autóctonas*, mediante el establecimiento de diversos estímulos de naturaleza fiscal y monetaria, ordenados a fomentar primero, la producción de tecnologías locales, y la exportación de los productos elaborados en base a las mismas, después la canalización del ahorro interno, hacia los centros nacionales de investigación y desarrollo; y la

180. Obsérvese que el Acuerdo de Cartagena, por el que se constituyó el Grupo subregional andino fue suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969 entrando en vigor el 16 de octubre del mismo año. En la actualidad, tras la salida de Chile, en octubre de 1976, y la incorporación de Venezuela, en diciembre de 1973, forman parte del mismo, además de la propia Venezuela, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. *Cfr.* FRENCH-DAVIS, R., «El Pacto Andino: un modelo original de integración», *El Trimestre Económico*, 1976, págs. 297 ss.

181. WHITE, E. y ZALMENDO, S., «El marco jurídico...», *cit.*, págs. 186 y 190.

182. *Cfr.* el estudio de la Junta del Acuerdo de Cartagena, *Fundamentos de la política sobre tecnología de los países del Pacto Andino*, preparado a petición de la Secretaría de la UNCTAD y distribuido a la Conferencia como documento TD/107 de 29 de Diciembre de 1971, y TD/107/Corr. 1, de 21 de marzo de 1972.

adquisición preferente en fin, por los Gobiernos, de aquellos productos que incorporen tecnologías de origen subregional. De otra parte, el del *control administrativo de las transferencias* con destino a los países del Grupo, y a tal efecto:

a) se sienta un principio general de intervención (art. 18), de suerte que todo contrato de importación de tecnología y explotación de patentes, deberá ser autorizado previa evaluación por el organismo nacional competente señalado al efecto.

b) se impone (art. 19), para todo contrato del tipo citado, al objeto de hacer posible la mencionada evaluación, un contenido mínimo representado por la especificación de los elementos de la tecnología que se importa, valor contractual de cada uno de ellos y duración del acuerdo.

c) se colma el vacío legal, fruto de la ausencia de una legislación sobre prácticas restrictivas de la competencia, en los países del Grupo, definiéndose una serie de cláusulas que, interpretadas como limitativas y odiosas, impedirán la autorización administrativa de los contratos, y en particular las siguientes (art. 20):

— cláusulas que condicionen el suministro de la tecnología a la compra por el receptor de materias primas, bienes de equipo, productos intermedios u otras tecnologías y servicios de una fuente determinada, salvo casos excepcionales, en los que deberá acreditarse que los precios practicados son los corrientes en el mercado internacional.

— cláusulas que reserven al cedente el derecho de fijar los niveles de precio de los productos fabricados en base a la tecnología transmitida.

— cláusulas por las que se limiten el volumen y estructura de la producción.

— cláusulas que prohíban el uso de tecnología competidoras.

— cláusulas por las que se otorgue al proveedor de la tecnología una opción de compra total o parcial.

—cláusulas que obliguen al comprador de la tecnología a transferir a su proveedor los posibles y futuros inventos y mejoras obtenidos en base a la citada tecnología.

—cláusulas que establezcan el pago de royaltys por patentes no utilizadas.

—cláusulas derogatorias de la competencia de los órganos judiciales locales.

d) se prohíbe que acciones o partes sociales, puedan darse en pago de la tecnología recibida, la cual no podrá, consiguientemente, computarse como aportación social (art. 21), prohibiéndose del mismo modo toda remuneración por igual concepto entre matriz y filial, o entre filiales de la misma casa matriz.

e) se establece entre los países integrantes del Grupo un sistema permanente de intercambio de información en relación con las importaciones tecnológicas autorizadas, al objeto de mejorar sobre todo la posición negociadora de los demás miembros en vista de la consecución por éstos de condiciones de compra no menos favorables.

El sistema andino se completa finalmente con un reglamento adoptado en mayo de 1974 por decisión n.º 85 de la Comisión y relativo a la aplicación de normas de la *propiedad industrial*¹⁸³, con el que se persigue, por vía de una cierta *revisión de los criterios clásicos* en la materia, una mejor y mayor conciliación entre los intereses del titular de la patente, casi siempre extranjero, y los generales del Estado otorgante. Del mismo, son destacables los siguientes aspectos:

a) la exclusión de la patentabilidad, por razones de interés social de ciertos tipos de productos, como los fármacos y alimentos, así como de las invenciones que puedan interesar al desarrollo de un Estado miembro (art. 5).

b) la supresión, dentro del conjunto de derechos tradicionalmente cubiertos por la patente, del de importación exclusiva del producto patentado (art. 28).

c) la reducción de la vigencia de la patente al plazo inicial de cinco años, prorrogables por otros cinco si el titular prueba la explotación en condiciones adecuadas (art. 29).

183. Con ello se daba cumplimiento a lo dispuesto en la disposición transitoria G de la Decisión n.º 24, en la que se disponía que «dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor del presente régimen, la Comisión a propuesta de la Junta, adoptará un reglamento para la aplicación de las normas sobre la propiedad industrial que comprenderá, entre otros, los temas que figuran en el Anexo n.º 2». Puede consultarse el texto del Reglamento en *La Propriété Industrielle*, 1974, págs. 449 ss.

d) la definición del hecho de la explotación como «la utilización permanente y estable de los procedimientos patentados, o la elaboración del producto protegido por la patente en vista de su comercialización en condiciones razonables, siempre que esos hechos tengan lugar sobre el territorio del Estado miembro que ha expedido la patente (art. 31).

e) la sujeción de los contratos de licencia de patente a aprobación y registro, de suerte que no podrán ser autorizados aquellos que no se conformen a lo dispuesto en el artículo 20 de la decisión n.º 24 del Acuerdo de Cartagena (arts. 32 y 33).

f) la prohibición que se impone a los Estados miembros de concluir unilateralmente, acuerdos en materia de propiedad industrial que contravengan lo dispuesto en el Reglamento, con terceros países o con organismos internacionales.

2. Referencia a los países desarrollados: el sistema europeo-comunitario.

A diferencia de lo que hemos visto que acontece en el seno de otras organizaciones internacionales, no cabe desde luego hablar en relación con las Comunidades Europeas, de una política comunitaria en materia de transferencia de tecnología, y ello, sin duda, porque los desequilibrios que en las economías nacionales ocasiona el fenómeno considerado no se han manifestado, o al menos no lo han hecho con el mismo grado de virulencia, en los distintos Estados actualmente integrantes de la organización creada por el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, como para reclamar una acción defensiva de conjunto. Se trata en efecto de países desarrollados, con técnicas propias fruto de un esfuerzo sostenido en las tareas de investigación y que, aunque importando tecnología en cantidades importantes, se sitúan por razón de las exportaciones de este mismo «producto» en unas tasas medias de cobertura que oscilan entre el 50 % y valores cercanos al equilibrio, por lo que más que víctimas del proceso de la transferencia, aparecen como agentes del mismo.

Sin embargo, la transferencia de tecnología es objeto de preocupación en el marco comunitario, de forma indirecta, desde el ángulo del Derecho de la competencia, porque, como es sabido, la transferencia de tecnología se halla con frecuencia en el origen

de determinadas prácticas restrictivas las cuales resultan de todo punto incompatibles con los principios que presiden el funcionamiento del Mercado Común.

En efecto, como recuerda Goldman¹⁸⁴, si bien es cierto que, en la medida en que la Comunidad, al objeto de establecer un mercado común, debe instaurar sectorialmente ciertas políticas comunes, ha podido hablarse de un «dirigismo económico comunitario», o al menos de una «intervención coordinada» en la actividad económica, son los principios de la economía liberal de mercado los que esencialmente han guiado la acción de los Estados miembros a la hora de constituir el Mercado Común y de orientar un funcionamiento en orden a la consecuencia de los objetivos perseguidos; desde este punto de vista la libertad económica, tanto de los productores como de los consumidores de bienes y servicios, se considera fundamental, como no lo es menos la libre competencia por la que aquélla se traduce; para garantizar tal libertad, protegiéndola de los excesos y abusos que pudieran derivarse de un mal ejercicio de la misma, el Tratado de Roma prevé (art. 3.f.) y articula (art. 85-94), sin perjuicio de ciertas disposiciones particulares a la CECA y EURATOM, un cierto régimen, al objeto de que la competencia no sea vea falseada en el seno del Mercado.

Reduciéndolo a su más simple y elemental expresión, cabe señalar que por virtud del sistema que el Tratado organiza, se declaran incompatibles con el Mercado Común y en consecuencia se prohíben, toda entente entre empresas que tengan por objeto o por efecto, falsear el juego normal de la competencia así como toda explotación abusiva de posiciones de dominio siempre que con tal motivo y en ambos casos, se afecte el comercio entre Estados miembros, y que el efecto anticoncurrencial se haya producido sobre el territorio del Mercado Común.

El respeto y la eficacia del sistema queda asegurado, una vez en vigor el Reglamento del Consejo de Ministros n.º 17/62 de 21 de febrero, primero de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado, por la acción de la Comisión, a quien el citado Reglamento n.º 17/62 atribuye competencia para que de oficio o a requerimiento de persona habilitada, y a reserva del control que de su decisión pueda ejercer el Tribunal de Justicia de las Comunidades, acuerde la derogación prevista en el art. 85-3.º, constate las infracciones a los arts. 85-1.º y 86, y en fin, previa instrucción del oportuno procedimiento, condene al infractor a cesar en su

184. GOLDMAN, B., *Droit commercial européen*, Paris 1971, pág. 233.

actividad imponiéndole eventualmente las sanciones pertinentes¹⁸⁵.

Es pues desde esta perspectiva concurrencial que se justifica el estudio en el marco comunitario, de la transferencia de tecnología en cuanto que los acuerdos a través de los cuales aquella se opera pueden tener cláusulas que incidan negativamente sobre la libertad de competencia que las normas comunitarias han salvaguardado.

185. *Artículo 85:* «Son incompatibles con el mercado común y quedan prohibidos, todo acuerdo entre empresas, toda decisión de asociaciones de empresas y toda práctica concertada, susceptibles de afectar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la concurrencia en el seno del mercado común, y en particular, las que consistan en: a) fijar de forma directa o indirecta los precios de compra o de venta, u otras condiciones de la transacción, b) limitar o controlar la producción, los mercados, el desarrollo técnico o las inversiones, c) repartir los mercados o las fuentes de aprovisionamiento, d) aplicar condiciones desiguales a prestaciones equivalentes, colocando con ello a los asociados en el proceso de comercialización en una posición de desventaja en el terreno de la competencia, e) subordinar la conclusión de los contratos a la aceptación por la contraparte de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o según los usos mercantiles carecen de vinculación con el objeto de tales contratos. 2. Los acuerdos o decisiones prohibidas en virtud del presente artículo son nulos de pleno derecho. 3. Sin embargo, las disposiciones del párrafo 1 pueden ser declaradas inaplicables: a todo acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, a toda decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, y a toda práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos, o a promover el progreso técnico o económico siempre que se asegure a los utilizadores una parte equitativa del beneficio resultante y sin que con ello, a) se imponga a las empresas interesadas restricciones no indispensables para alcanzar estos objetivos, b) se otorgue a estas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos implicados».

Artículo 86: «Es incompatible con el mercado común y queda prohibido en la medida en que el comercio entre los Estados miembros pueda verse afectado el hecho de la explotación abusiva, por una o varias empresas de posiciones de dominio sobre el mercado común o sobre una parte sustancial de éste. Estas prácticas abusivas podrán consistir particularmente, en: a) imponer de forma directa o indirecta, precios de compra o de venta u otras condiciones transaccionales no equitativas, b) limitar la producción, los mercados o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores, c) aplicar condiciones desiguales a prestaciones equivalentes colocando con ello a los asociados en el proceso de comercialización en una posición de desventaja en el terreno de la competencia, d) subordinar la conclusión de los contratos a la aceptación por la contraparte de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles carecen de vinculación con el objeto de tales contratos». *(La traducción de los preceptos transcritos del francés original, es mía).*

En este sentido, resulta de la máxima importancia poner de manifiesto cómo la Comisión, tras haber considerado en una primera comunicación de 9 de noviembre de 1962, la posibilidad de declarar, con apoyo en el art. 85-3.º, inaplicable a ciertos contratos de licencia el art. 85-1.º, establece de esta suerte una excepción para determinada categoría de acuerdos, optó, vista la reivindicación que de tal competencia hizo el Consejo, en una segunda Comunicación de 24 de diciembre de 1962, por enumerar una serie de cláusulas susceptibles de incluirse en los acuerdos de licencia de patente y que a su juicio no violarían lo dispuesto en el art. 85-1.º

Con ello, la Comisión no pretendía sino ofrecer a las empresas una serie de indicaciones sobre los criterios que habrían de inspirar sus futuras decisiones en la interpretación y aplicación del art. 85-1.º a los contratos de licencia, y por ello, mientras tales acuerdos no contuvieran restricciones distintas de las referidas en la citada comunicación, las empresas interesadas podrían sin riesgo alguno prescindir del trámite de la certificación negativa y considerarse asimismo relevadas de la obligación de notificar tales acuerdos.

Las cláusulas consideradas como no peligrosas siempre que su duración no superase la vida de la patente, eran las siguientes:

a) La sujeción en la explotación de la invención a ciertas formas previstas en las leyes de patentes, fabricación, uso, venta).

a.b) La limitación a ciertas aplicaciones técnicas de la fabricación del producto patentado, o de la utilización del procedimiento patentado.

a.c) La limitación de la cantidad de productos a fabricar o del número de procesos de fabricación.

a.d) la limitación de la explotación:

— en el tiempo (supuesto de licencia de vida más corta que la de la patente);

— en el espacio (supuesto de licencia regional, para una parte del territorio, o de licencia limitada a una sede de explotación o a una fábrica determinada);

— en cuanto a la persona (supuesto de limitación del poder de disposición del licenciatario, como puede ser el prohibirle ceder la licencia o el conceder sub-licencias).

b) Obligación del licenciatario de hacer constar en el producto, la patente.

c) Normas de calidad, u obligación de aprovisionarse de ciertos productos cuando se imponen al licenciatarario en la medida necesaria para asegurar una irreprochable explotación técnica de la patente.

d) Compromisos concernientes a la comunicación de las experiencias adquiridas en la explotación de la invención, o de la concesión de licencias de invenciones de perfeccionamiento o de aplicación, en la medida en que estos compromisos no sean únicamente asumidos por el licenciatarario, y el titular haya adquirido compromisos análogos.

e) Compromiso del concedente de no autorizar a nadie más que a explotar la invención, o de no explotar él mismo la invención.

La lectura de estas cláusulas y su contraste con lo que habitualmente se considera, tanto en los textos nacionales como en los de alcance internacional, como restrictivo o limitativo de la competencia particularmente en el campo de la transferencia de tecnología por vía de contratos de licencia, no deja de llamar la atención, e interesa por ello preguntarse por los motivos que indujeron a la Comisión a excluir tales cláusulas del campo de acción del art. 85-1.º del Tratado.

En su Comunicación del 24 de diciembre, la propia Comisión adelanta algunas razones: así, por ejemplo, dice, respecto de las obligaciones relacionadas en a), que «únicamente implican el mentenimiento parcial del derecho de prohibición que comporta el derecho exclusivo del titular de la patente frente al licenciatarario»; respecto a la obligación reseñada en b), que «responde al legítimo interés del titular que los objetos protegidos queden caracterizados mediante la indicación de la patente que amparó su nacimiento»; respecto de los compromisos enumerados en c), que «atienden simplemente a evitar una explotación incorrecta de la invención»; en fin, respecto de los compromisos indicados en d), que «no prejuzgan la apreciación jurídica de las restricciones que eventualmente puedan imponerse a los interesados en relación con la utilización de las citadas experiencias o invenciones»; por todo ello, no cabe deducir que las cláusulas referidas tengan por objeto o por efecto, la restricción de la competencia.

Sin embargo, la opinión de la Comisión no conviene plenamente¹⁸⁶, y cabe pensar que semejantes estipulaciones sí pueden

186. GOLDMAN, B., *Droit commercial...*, cit. pág. 284.

efectivamente ser susceptibles de alterar el juego de la competencia. De otra parte, como acertadamente señala Goldman¹⁸⁷, el que el titular de una patente, pueda mediante acuerdos de licencia asegurarse una explotación racional de su invención y el que el licenciatarario pueda beneficiarse, particularmente a través de la exclusividad, de una cierta protección sin la cual no se vería motivado a la explotación, entraña ciertas restricciones de la competencia que deben por ello admitirse en la medida indispensable para la consecución de ambos objetivos.

Estas consideraciones parecen revelar la existencia de un cierto conflicto entre la legislación de patentes y el llamado Derecho antitrust o de defensa de la competencia, desde el momento en que mientras aquella confiere al titular de las mismas un monopolio limitado que le permite eliminar toda competencia, persigue ésta, la supresión de las prácticas monopolísticas y de exclusividad anticoncurrenciales¹⁸⁸.

Conviene sin embargo tener presente que el choque que desde luego puede producirse no traduce una incompatibilidad de principio entre ambos tipos de normas, las cuales, como se pone de manifiesto en el informe del Comité de expertos de la OCDE sobre prácticas comerciales restrictivas en materia de patentes y licencias, se hayan ordenadas a un objetivo común, cual es el estímulo de la innovación; las primeras concediendo al titular de la patente un monopolio legal de explotación, y las segundas impidiendo que la competencia se vea artificialmente restringida¹⁸⁹. Lo que sucede es que, según la célebre expresión, el monopolio, en sí mismo considerado no es bueno ni malo, pero tiene el poder de hacer cosas buenas o malas¹⁹⁰, y cuando esto último ocurre, cuando el titular de un derecho de patente se sirve de los derechos monopolísticos que ésta le confiere en desacuerdo con la filosofía que inspira su concesión, irrumpe violentamente en el terreno de la competencia, falseando la relación natural de las fuerzas, y por ello se hace acreedor de la sanción prevista

187. *Ibid. loc. cit.*

188. *Cfr.* en torno a la polémica y las distintas posiciones doctrinales que suscitó en los países comunitarios la cuestión de la incidencia del derecho antimonopolio comunitario sobre el ejercicio de los derechos de propiedad industrial resultantes de las respectivas legislaciones nacionales, MEGRET, J., LOUIS, J. V., VIGNES, D., WAELEBROECK, M., *Le droit de la communauté économique européenne*, vol. IV, Bruselas 1972, págs. 209-11.

189. *Cfr.* el informe del Comité de expertos, *Pratiques commerciales restrictives...*, *cit.* pág. 7.

190. DARANAS, M., «Empresa multinacional...», *cit.* pág. 505, citando al premier británico CHURCHILL.

por las normas encargadas de velar para que esto no tenga lugar.

Cierto que las leyes nacionales de patentes contienen algunas disposiciones destinadas a evitar los abusos derivados de un indebido ejercicio de los derechos que la patente otorga, pero es forzoso reconocer que tales disposiciones se dirigen básicamente a contrarrestar la falta de explotación, la ruptura del vínculo patente-explotación, traduciéndose sustancialmente por las declaraciones de caducidad y las licencias obligatorias; por ello, la legislación de patentes, no constituye el instrumento normal, ni más idóneo, de lucha contra tales prácticas, ni quiere tampoco decir que respondan a tal objetivo, más propio del derecho de defensa de la competencia.

Esto supuesto ha de admitirse la existencia de una cierta yuxtaposición entre ambos tipos de normas y una influencia recíproca en su interpretación y aplicación¹⁹¹, y creo por ello que lleva razón Goldman cuando señala, que con su Comunicación de 24 de diciembre, la Comisión más bien ha pretendido «asegurar un cierto equilibrio entre los derechos vinculados a la patente y el mantenimiento de la competencia»¹⁹², aceptando en la medida indispensable para proteger al titular y al licenciataria, que aquella pudiese ser objeto de ciertas restricciones¹⁹³.

El hecho de que en el apartado III de su Comunicación la Comisión ha reservado para una decisión ulterior los contratos relativos a «paquetes» de patentes, licencias recíprocas o múltiples paralelas, así como los tocantes a otros derechos de la propiedad industrial no protegidos por la ley (*know-how*) además de cualquier otra cláusula distinta de las citadas en a), parece confirmar esta interpretación, pues la restricción de la competencia que podría derivarse de cualquiera de estas situaciones parecía ir más allá de lo que razonablemente podía admitirse como indispensable para proteger al titular de la patente y a su licenciataria.

Pocos meses antes de la aparición de la citada Comunicación de la Comisión, de 24 de diciembre, el Consejo de Ministros de las Comunidades había adoptado el Reglamento 17/62, primero

191. *Pratiques commerciales restrictives...*, informe cit. pág. 7.

192. GOLDMAN, B., *Droit commercial...*, cit. pág. 284.

193. Esta toma de posición habría supuesto para MEGRET, LOUIS, VIGNES y WAELBROECK, *Le droit de la communauté...*, cit. pág. 209, un alinearse con la teoría llamada de las restricciones inherentes, en virtud de la cual sólo las restricciones que encuentran su fundamento en la existencia del derecho, con independencia por lo tanto de todo acuerdo con la persona a quien se imponen, escapan a la acción de las reglas de la competencia.

de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado en el que se autorizaba a aquélla (art. 2) para constatar a instancia de las empresas o de las asociaciones de empresas interesados, y previo examen de los hechos que una intervención por su parte sobre la base de los arts. 85 y 86 en relación con un determinado acuerdo, decisión o práctica, no era necesaria; de otra parte, se disponía que aquellos acuerdos, decisiones o prácticas concertadas susceptibles de entrar en el campo de aplicación del art. 85-1.º que pretendieran beneficiarse de una decisión de la Comisión adoptada en aplicación del art. 85-3.º, habían de ponerse en el conocimiento de la misma (arts. 4, 5 y 7 del Reglamento).

A la vista del elevado número de notificaciones realizadas en aplicación de estas disposiciones, el Consejo consideró oportuno facilitar la tarea de la Comisión mediante su habilitación para declarar por vía de reglamento, que lo dispuesto en el art. 85-1.º no era aplicable a ciertas categorías de acuerdos y de prácticas concertadas. A tal efecto, el 2 de marzo de 1965, el Consejo, usando las facultades que le confiere el art. 87 del Tratado, dictó el Reglamento 19/65¹⁹⁴, relativo a la aplicación del art. 85-3.º a ciertas categorías de acuerdos y de prácticas restrictivas, por el que se autorizaba a la Comisión para declarar reglamentariamente, y conforme a lo dispuesto en el art. 85-3.º, que el art. 85-1.º no resultaba aplicable a ciertas categorías de acuerdos en las que no participaba más de dos empresas y que «comportan limitaciones impuestas en relación con la adquisición o utilización de derechos de la propiedad industrial —en particular, patentes (...)— o con los derechos resultantes de contratos de cesión o concesión de procedimientos de fabricación, o conocimientos relativos a la utilización y aplicación de técnicas industriales» (art. 1.º).

El Reglamento, cuya adopción se autorizaba, debería además, definir las categorías de acuerdos a los que se aplica, y en concreto, precisar las restricciones o cláusulas que no pueden figurar en los acuerdos (art. 2.º).

Deseando obtener una ampliación de la habilitación que le daba el Reglamento 19/65, la Comisión, transmitió al Consejo en mayo de 1970, una proposición de Reglamento que había de autorizarla a declarar inaplicable el art. 85-1.º a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que tuvieran por objeto la aplicación de normas y tipos, la investigación y el desarrollo, así como la explotación de los resultados de aquélla, la especialización y la compra y venta en común.

194. *J.O.C.E.* del 6 de Marzo.

Tal iniciativa encontró el eco apetecido, pues con fecha 20 de diciembre de 1971 el Consejo adoptaba un Reglamento n.º 2.821/71¹⁹⁵ por el que ampliaba lo dispuesto en el art. 1.º del Reglamento 19/65 en dos sentidos: de una parte, eliminando la limitación contenida en el último inciso del párrafo 1.º del art. 1.º del citado Reglamento 19/65, de suerte que dejaba de ser necesario que los acuerdos lo fueran solamente entre dos empresas; y de otra, extendiendo los poderes de la Comisión a, entre otros, los acuerdos que tuvieran por objeto «la investigación y el desarrollo de productos o procedimientos hasta la fase de su aplicación industrial, así como la explotación de los resultados obtenidos incluyendo las disposiciones relativas al derecho de la propiedad industrial y a los conocimientos técnicos no divulgados».

La ampliación así resultante quedaba razonada y justificada en la Exposición de motivos que precede al texto reglamentario en base a la consideración que los acuerdos referidos surgen en el marco de la cooperación entre empresas y hacen posible la adaptación de las mismas a las condiciones de ese mercado ampliado que es el Mercado Común, particularmente desde el punto de vista de la racionalización del trabajo, productividad y competitividad, por lo que pueden quedar exceptuados en determinadas ocasiones.

Desde el punto de vista de la técnica jurídica interesa observar que el rumbo que tanto el Reglamento 19/65 como el Reglamento 2.821/71 señalan a la Comisión supone una variación del que ésta había emprendido con su Comunicación de 24 de diciembre, pues como apunta certeramente Goldman¹⁹⁶, mientras en ésta no hacía sino indicar las cláusulas que por no infringir a su juicio lo dispuesto en el art. 85-1.º podían figurar en los acuerdos de licencia, el Reglamento que podrá adoptar en virtud de la autorización que ahora se le confiere, se sitúa en la órbita del art. 85-3.º de suerte que lo que se establecerá será una excepción en favor de los pactos o acuerdos que constituyan su objeto, los cuales aun cuando por su contenido resulten restrictivos de la competencia, surten también ciertos efectos positivos, como son, al decir del propio art. 85-3.º, mejora la producción o distribución de los productos, o promover el progreso técnico o económico, lo que justifica su no prohibición.

Los trabajos que hasta el día de hoy ha realizado la Comisión en la dirección señalada han tenido como fruto un Anteproyecto

195. J.O.C.E. del 29 de Diciembre.

196. GOLDMAN, B., *Droit commercial...*, cit. pág. 288.

de Reglamento aplicable a ciertos contratos de licencia de patente y de *know-how*, con el que de alguna manera se procede a una cierta codificación de la jurisprudencia sentada por al propia Comisión en la materia, e interesa por ello llevar a cabo siquiera de forma sumaria, una cierta sistematización de és que permita el conocimiento de los principales pronunciamientos¹⁹⁷, aunque deducidos de un número de casos ciertamente limitado¹⁹⁸, relativos en su mayor parte a acuerdos de licencia de explotación exclusiva de patentes, estos son bastante numerosos, pudiendo ser agrupados como sigue:

1.—Son *cláusulas prohibidas por el art. 15-1* del Tratado de Roma, aquellas que imponen,

A) al titular de la patente, la obligación de no conceder nuevas licencias sin el previo consentimiento de los anteriores licenciarios (*Brombemaling-Heidemaatschappij*);

B) al licenciario,

a) la obligación de pagar el canon pactado incluso después de expiración de la patente, o de satisfacer la totalidad de aquél tras la expiración de alguna de éstas, en aquellos casos en que se concedió la licencia de varias (*A.O.I.P. Beyrard*);

b) la obligación de no impugnar la validez de la patente durante la vigencia del contrato (*A.O.I.P. Beyrard, Davidson Rubber Co., Raymond-Nagoya Rubber Co., y Kabelmetal-Luchaire*);

c) la limitación de sus derechos de venta, y en particular los de exportación, sobre el territorio asignado o

197. Cfr. sobre ambas cuestiones, PLAISANT, R., «Les licences de brevet et l'article 85 du Traité de Rome interdisant les ententes», *La Propriété Industrielle*, 1977, págs. 249-56; DEMARET, P., «Article 85 et licences: inventaire des clauses examinées par la Commission», *Droit et Pratique du Commerce Internationale*, 1977, págs. 369-75.

198. Pueden mencionarse los siguientes: Decisión de 22 de Diciembre de 1971, en el asunto «Borroughs-Delplanque» (*JOCE del 17 de Enero de 1972*); de 22 de Diciembre de 1971, en el asunto «Borroughs-Geha-Werke» (*JOCE del 17 de Enero de 1972*); de 9 de Junio de 1972, en el asunto «Davidson Rubber Co.» (*JOCE del 23 de Junio de 1972*); de 18 de Julio de 1975, en el asunto «Kabelmetal-Luchaire» (*JOCE del 22 de Agosto de 1975*); de 25 de Julio de 1975 (provisional), en el asunto «Brombemaling-Heidemaatschappij» (*JOCE del 25 de Septiembre de 1975*); y de 2 de Diciembre de 1975, en el asunto «A.O.I.P. Beyrard» (*JOCE del 13 de Enero de 1976*).

asignable o otros licenciarios del mismo producto o procedimiento (*Rubber Co., Raymond-Nagoya Rubber Co., Kabelmetal-Luchaire y A.O.I.P. Beyrard*);

d) la obligación de ceder al titular la propiedad de las mejoras o invenciones desarrolladas a partir de las técnicas recibidas (*Kabelmetal-Luchaire, y Raymond-Nagoya Rubber Co.*);

e) la obligación de no competir con el titular de la patente (*A.I.I.P. Beydard*);

C) una duración del contrato, superior a la vida legal de la patente, ya por expreso establecimiento de un plazo superior, ya por tácita reconducción, ya por voluntad de una sola de las partes (*Davidson Rubber Co., y de A.O.I.P. Beyrard*).

2.—Son cláusulas prohibidas por el art. 85-1 pero exceptuables en base al art. 85-3, en función de las particulares circunstancias del mercado de los productos fabricados bajo licencia, aquellas por las que se otorgue una licencia exclusiva de explotación (*Davidson Rubber Co., Kabelmetal-luchaire, y A.O.I.P. Beyrard*).

3.—Son cláusulas no prohibidas por el art. 85-1, aquellas por las que:

A) se obligue al licenciario a,

a) identificar los productos fabricados bajo licencia, mediante la expresa mención de la misma (*Borroughs-Delplanque, y Borroughs-Geha-Werke*);

b) conformarse a las instrucciones técnicas del concedente, y a someterse a controles de calidad (*Raymond-Nagoya Rubber Co.*);

c) mantener el secreto del *know-how* durante y después de la vida del contrato, y a abstenerse de su utilización a partir de entonces (*Borroughs-Delplanque, Borroughs-Geha-Werke. Davidson Ruber Co., y Kabelmetal-Luchaire*);

d) producir en cantidad suficiente (*Borroughs-Delplanque y Borroughs-Geha-Werke*);

e) no sublicenciar ni ceder total o parcialmente las patentes sin el consentimiento del titular (*orroughs-Delplanque, Borroughs-Geha-Werke, Raymond-Nagoya Rubber Co., y Davidson Rubber Co.*);

B) se otorgue la licencia exclusiva de fabricación, cuando lo permita la concreta situación del mercado (*Borroughs-Delplanque*, *Borroughs-Geha-Werke*, y *Raymond Nagoya*);

C) se fijen cánones en función de la actividad, con establecimiento de mínimos (*Borroughs-Delplanque*, *Borroughs-Geha-Werke*, *Davidson Rubber Co.*, *Raymond-Nagoya Rubber Co.*, *Kabelmetal-Luchaire*).

D) se estipule la obligación no exclusiva de comunicar los perfeccionamientos o mejoras y de conceder licencias no exclusivas sobre los mismos, caso de que llegaran a patentarse (*Borroughs-Delplanque*, *Borroughs-Geha-Werke*, *Davidson Rubber Co.*, *Kabelmetal-Luchaire*);

E) se pacte la cláusula del licenciataro más favorecido (*Raymond-Nagoya Rubber Co.*, y *Kabelmetal-Luchaire*).

El anteproyecto que a partir de esta base ha concebido la propia Comisión, organiza un sistema que, en la línea del esquema jurisprudencial trazado supone, de una parte, la prohibición de una serie de cláusulas (art. 3), y la autorización, de otra, en determinadas condiciones de otras (arts. 2 y 3), pero resulta hasta tal punto minucioso y complejo que se ha llegado hasta a dudar de que con el mismo puedan efectivamente disfrutarse las ventajas que está llamado a proporcionar¹⁹⁹.

SECCIÓN 3.ª

La intervención pública de las transferencias en los países en desarrollo

En las consideraciones que han precedido²⁰⁰, se ha tratado de poner de manifiesto como la adquisición sistemática de tecnología extranjera comporta para los países importantes cargas e inconvenientes, que a falta de un control adecuado pueden terminar por comprometer paradójicamente el desarrollo que con la misma se pretende.

No podía por ello esta segunda categoría de Estados adoptar una postura pasiva ante el funcionamiento de este mercado, y es así que han iniciado, de hecho, una activa intervención en el

199. PLAISANT, R., *Les licences de brevet...*, cit. pág. 256.

200. *Vid. supra*. Parte I.

mismo, al objeto de introducir los correctivos necesarios para paliar los negativos efectos que derivan del libre juego de las fuerzas que en él actúan.

Esta acción fiscalizadora, susceptible de ejercerse en tres planos distintos —el de la propiedad industrial, el específico de la contratación de tecnología en ocasiones en el de las inversiones extranjeras con el que guarda como es sabido una estrecha relación, y en el de las prácticas restrictivas de la competencia— se ha orientado y traducido fundamentalmente en estos países por la adopción de medidas de orden jurídico en los dos primeros frentes señalados, no habiéndose procedido a intervención alguna desde el ángulo del derecho antimonopolio, más propio de los Estados de economía de mercado situados en niveles más avanzados, y por lo general no desarrollado en aquellos países.

1. *Las acciones en el sector de la contratación directa.*

La intervención estatal en el proceso de transferencia por vía de medidas específicas, directamente encaminadas a controlar el flujo de la tecnología extranjera, resulta inseparable del círculo jurídico latinoamericano, y es nota característica de un cierto número de ordenamientos jurídicos de la región que han experimentado así la influencia directa de la acción desarrollada en el marco andino subregional.

De ellos, han señalado White y Zalmendo²⁰¹, en una visión apretada, son notas características la exigencia de autorización y registro de los respectivos contratos, y la prohibición de incluir en ellos ciertas cláusulas consideradas como restrictivas. Interesa sin embargo poner de manifiesto a través de un estudio de detalle como estos dos principios fundamentales, que ya contemplaba la Decisión n.º 24 del Acuerdo de Cartagena, se han visto transplantados y desarrollados en cada uno de los sistemas estatales, que han optado por esta fórmula de intervención, y entre los que se cuentan, además de los cinco de origen andino sub-regional, el argentino, el mexicano, el brasileño, el portugués y el español²⁰².

201. WHITE, E. y ZALMENDO, S., «El marco jurídico...», *cit.* págs. 186-91.

202. En Argentina se han dictado tres leyes en la materia, a saber, la Ley n.º 19.231 de 10 de Septiembre de 1971 (*La Propriété Industrielle*, 1972, págs. 129 ss.), la Ley n.º 20.794, de 28 de Octubre de 1974 (*La Propriété Industrielle*, 1975, págs. 338 ss.) y la vigente Ley n.º 21.617 de 12 de Agosto de 1977 (*La Propriété Industrielle*, 1978, págs. 6-001) comentada por ARACAMA ZO-

El examen de los mismos permite apreciar la existencia de unos *rasgos comunes*, fruto sin duda de la influencia que en todos ellos ha ejercido la citada Decisión n.º 24, junto a los que, desde luego cabe destacar ciertos *aspectos diferenciales*.

A) *Aspectos comunes.*

a) *Principio general de intervención*, en virtud del cual, ciertos tipos de contratos, así como sus modificaciones, ampliaciones y prórrogas, quedan sujetos a examen por una Autoridad nacional²⁰³ que, caso de aprobarlos, ordenará su inscripción en un Registro nacional de transferencia de tecnología creado al efecto. Tal Autoridad se halla por lo general facultada también para controlar la ejecución de los mismos, verificando la concordancia de ésta con los términos en que han sido aprobados, sancionando asimismo las infracciones que hubieran podido apreciarse. A la Autoridad Nacional corresponde en fin también, autorizar y controlar el régimen de pagos, comprobando su adecuación a las reglas de control de cambios, aunque en ocasiones, esta competencia venga atribuida a una autoridad monetaria distinta a la que en su día asumió el encargo de estudio y aprobación del contrato²⁰⁴.

RRAQUIN, E. D., «La nouvelle loi argentine sur le transfert de techniques», *La Propriété Industrielle*, 1978, págs. 28-37. En México, rige la Ley de 28 de Diciembre de 1972 (*La propriété Industrielle*, 1977, págs. 1-002) comentada por SEPÚLVEDA, C., «La loi mexicaine relative a l'enregistrement du transfert de technique», *La Propriété Industrielle*, 1974, págs. 33-7. En Brasil se halla en vigor, el Acto normativo n.º 15 de 11 de Septiembre de 1975 (*La Propriété Industrielle*, 1976, págs. 6-001), con comentario de LEGAL DUARTE, M., *Le régime juridique de fiscal des transferts de technologie au Brasil*, Paris, Centre Français du Commerce Extérieur, 1978. En Portugal, el régimen aplicable se halla contenido en el capítulo V del Código de inversiones extranjeras, promulgado por Decreto-Ley 239/76 de 6 de Abril de 1976 (*Información Comercial Española*, Mayo/1976, págs. 1487-90), modificado por el Decreto-Ley 348/77 de 24 de Agosto, y complementado por el Decreto-Ley 53/77 de la misma fecha, citados ambos por SOUSA FERREIRA, M.ª E., «Problems relating to the transfer of technology in Portugal», en el colectivo *Technology transfer in industrialized countries*, dirigido por GEE, Sh., 1979. En Venezuela, tras la derogación del Decreto n.º 63 de 28 de Abril de 1974, se halla en vigor el Decreto 2.442 de 8 de Noviembre de 1977, que no habría derogado el Decreto 746 de 11 de Febrero de 1975 que lo complementa. En España, *vid. infra*. Sección 4.ª.

203. Así por ejemplo en Brasil, el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial; en México, la Secretaría de Industria y Comercio; en Argentina, la Secretaría de Estado de Desarrollo Industrial, etcétera.

204. Así por ejemplo, en Brasil, el Banco Central; en Colombia, la Oficina de Cambios, etcétera.

b) *Contratos sujetos, contratos no contemplados y contratos exceptuados.* Se hallan por lo general sujetos a intervención los contratos onerosos de importación de tecnología, cualquiera que sea su naturaleza, siempre que hayan de sufrir efectos en el territorio nacional. Quedan por ello, y en principio, fuera del ámbito de las reglamentaciones nacionales que ahora examinamos los casos, poco frecuentes, en que la tecnología transferida va a ser utilizada en el exterior, las transferencias de tecnología hacia el exterior y la comercialización interna de la tecnología, así como también aquellas transferencias que aunque efectuadas por un residente en el extranjero en favor de un residente en el país tienen carácter gratuito.

Interesa no obstante observar que en la perspectiva —señalada en la Exposición de Motivos de la ley argentina 21.617— de llegar a un «conocimiento completo por parte del Gobierno nacional de las transacciones en materia tecnológica y al mismo tiempo de dar mayor seguridad al receptor local en cuanto a la protección de sus derechos bajo el acto de licenciamiento frente a eventuales violaciones por terceros», algunos regímenes estatales han extendido el ámbito de competencia del sistema a los acuerdos internos, entre empresas domiciliadas en el país, cuando la tecnología transferida es de origen extranjero²⁰⁵, y a las importaciones gratuitas²⁰⁶.

Cabe en fin señalar en relación con los contratos de importación de tecnología que constituyen el objeto propio de las disposiciones estudiadas, la presencia de una cierta confusión conceptual derivada quizás de la adopción de un método enunciativo, a la hora de definir el ámbito de aplicación material de aquélla, y es así que nos encontramos con frecuencia agrupadas bajo la misma rúbrica una serie de prestaciones entre las que en rigor, se cuentan algunas que, careciendo de carácter secreto y, de especial protección legal, no pueden considerarse constitutivas de transferencia de tecnología, sino de mera asistencia técnica²⁰⁷.

205. Así, la Ley argentina n.º 21.617, art. 3.º, y el Acto normativo brasileño n.º 15, art. 1-3.º, que también se refiere a las exportaciones de tecnología, si bien la referencia se queda simplemente en eso, al no articularse régimen especial alguno para las mismas distinto del de la mera obligación de registro.

206. Así, la Ley argentina n.º 21.617, art. 1.º, y el Decreto venezolano 2.442, art. 64.

207. *Cfr.* en este sentido, la Ley argentina n.º 21.617, art. 1; la ley mexicana del 72, art. 2; el Decreto venezolano 2.442, art. 64; el Decreto portugués, art. 26, y el Acto normativo brasileño n.º 15, art. 1-1.º.

Existe por último, una tercera categoría de acuerdos en favor de los cuales se establece expresamente una excepción que les libera pura y simplemente del deber de inscripción, o que, alternativamente, posibilita el que ésta se lleve a cabo de forma automática previa notificación y en ausencia de todo examen; y ello, en atención bien a su carácter meramente ocasional (reparaciones, emergencias) bien por razón de su escasa cuantía, bien por motivo de su inserción en el marco de la colaboración científica y técnica no lucrativa (capacitación por instituciones docentes), bien por constituir el corolario normal y hasta obligado de un contrato de naturaleza distinta (suministro de documentación sobre funcionamiento, asistencia técnica de montaje o puesta en marcha prestada con ocasión de la venta de una máquina) ²⁰⁸.

c) *Efectos de la inscripción.* La inscripción en el registro correspondiente es obligatoria, y por ello a todo contrato sujeto y no inscrito, por la razón que fuere (porque las personas que podían o debían promoverla no lo han hecho; porque habiéndose intentado fue luego denegada) se le priva de toda eficacia, de suerte que las partes no podrán hacerlo valer ante autoridad alguna, al menos ante las del país de ejecución, en orden al cumplimiento de lo pactado ²⁰⁹.

Inversamente, la inscripción permitirá a las partes cumplir y exigir la ejecución de lo estipulado; concretamente, el receptor podrá, de una parte, obtener de las autoridades monetarias de su país la precisa autorización para efectuar la compra de las divisas que le permitan pagar el canon o *royalty* devengado, y deducir, de otra, en concepto de gasto, el citado canon de su beneficio de explotación ²¹⁰. Por último, la inscripción es también en ocasiones la condición para acceder al disfrute, en su caso, de los beneficios e incentivos fiscales y financieros que suelen concederse en el marco de leyes de fomento o promoción industrial ²¹¹, y constituye asimismo, a veces, la prueba de la explotación efectiva de la patente o marca objeto del contrato.

d) *Información mínima.* Al objeto de facilitar su estudio por la autoridad nacional correspondiente, suele exigirse que los contratos sujetos a aprobación administrativa, contenga un mí-

208. Cfr. la Ley argentina n.º 21.617, arts. 5 y 6; el Decreto venezolano 2.442, art. 68-2.º, y la Ley mexicana del 72, art. 9.

209. Decreto venezolano 2.442, art. 72; ley mexicana del 72, art. 6.

210. Ley argentina n.º 21.617, art. 25; Acto normativo brasileiro n.º 15, art. 1.

211. Ley mexicana del 72, art. 5.

nimo de información en relación con los siguientes extremos: identidad de las partes contratantes, e intermediarios si los hubiere, descripción detallada de la aportación tecnológica, identificando y valorando cada uno de los elementos que la integran; y justificando su necesidad en relación con los fines perseguidos; forma de pago y período de vigencia²¹².

e) *Contenido mínimo del contrato.* En los textos de más reciente publicación²¹³, se ha hecho frecuente el establecimiento de un contenido obligacional mínimo, con un doble objeto: asegurar de una parte, que la ejecución del acuerdo suscrito va a ser efectivamente útil para el receptor y para el país, y que, de otra, resulten suficientemente protegidos los derechos básicos del proveedor de la tecnología. Es por ello, por lo que ese contenido mínimo incluye obligaciones que pesan tanto sobre el receptor como sobre el proveedor de la tecnología:

e.a) obligaciones a cargo del receptor:

— de secreto, en relación con los conocimientos transmitidos y durante el plazo pactado;

— de calidad de los productos fabricados con la tecnología recibida, caso de que éstos vayan a venderse bajo marca o nombre del cedente;

— de explotación o utilización efectiva y real de la tecnología transmitida;

e.b) obligaciones a cargo del proveedor:

— de suministro de todos los datos e informaciones necesarias, así como de todos los perfeccionamientos o mejoras que puedan introducirse durante la vida del contrato en relación con la tecnología transferida, en vista de asegurar la oportuna explotación de la misma y la consecución de los fines perseguidos;

— de formación y entrenamiento, en su caso, del personal local;

— de fomento de las actividades de investigación y desarrollo en el país.

e.c) obligaciones a cargo de cedente y receptor: a requerimiento de la autoridad nacional competente, deberán ambas partes informar, en relación con los términos aprobados para la ejecución del contrato, acerca de las actividades desarrolladas, así como sobre las condiciones económicas de la explotación.

212. Decreto venezolano 2.442, art. 65, y Ley argentina n.º 21.617, art. 7.

213. Ley argentina n.º 21.617, art. 8; Acto normativo brasileiro n.º 15, arts. 2.1.1., 2.5.1., 4.1.1., 4.5.1., 5.1.1., 5.5.1.; Decreto venezolano 2.442, art. 67.

f) *Limitaciones legales.* La formulación de las características, pactos o cláusulas que habida cuenta de su carácter restrictivo no deberá de contener el contrato so pena de ver denegada su inscripción, constituye sin duda junto con el deber de registro, una de las notas más típicas que invariablemente se contienen en los distintos sistemas positivos que estamos examinando²¹⁴.

Esta formulación, acaso en ocasiones extremadamente minuciosa, suele presentarse con un valor meramente enunciativo, y se caracteriza además por su flexibilidad, de suerte que por lo general cabrá, de una parte, definir e incluir en la relación nuevas cláusulas restrictivas, será posible, de otra, apreciar en cada caso el grado de restricción asumiéndola o no en función del interés que para el país pueda tener la tecnología aportada.

Sin ánimo de exhaustividad puede presentarse la siguiente relación:

f.a) en relación con el tipo de tecnología:

- tecnología obsoleta;
- tecnología libremente disponible en el país;

f.b) en relación con los aprovisionamientos:

- imposición de fuentes de suministro de primeras materias, productos intermedios o bienes de capital;
- designación del personal a contratar;
- prohibición de tecnologías competidoras, aun cuando sean complementarias;

f.c.) en relación con las ventas:

- restricciones territoriales, prohibiendo o limitando la venta en determinados mercados, y particularmente en los de exportación;
- fijación de los niveles de precio de los productos fabricados en base a la tecnología transferida, ya supongan o no discriminación entre clientes;
- opción de compra total o parcial de la producción en favor del cedente;
- imposición de canales de distribución;

214 Ley mexicana del 72, art. 7; Decreto venezolano 746, art. 1; Ley argentina n.º 21.617, art. 10; Decreto portugués, art. 28, y Acto normativo brasileiro n.º 15, arts. 2.5.2., 3.5.2., 4.5.2., 5.5.2, 6.5.2.

f.d.) en relación con la producción:

- señalamiento de contingentes;
- control de la estructura de fabricación;
- imposición de sistemas de control de calidad;

f.e) en relación con el precio de la tecnología:

- fijación de cánones desproporcionados;
- fijación de cánones improcedentes (correspondientes a tecnología no utilizada);

- garantía de cánones mínimos;
- establecimiento de cánones netos, asumiendo el receptor el pago de los impuestos que pudiera corresponder al cedente;

f.f) en relación con el uso y explotación de la tecnología:

- prohibición del uso de la tecnología transferida una vez terminada la vigencia del contrato;

- retorción de mejoras e innovaciones, sin reciprocidad;
- limitación del desarrollo y perfeccionamiento de la tecnología transferida;

- negación de mejoras futuras;

- exención de responsabilidad del cedente por razón de los vicios o defectos de la tecnología transferida;

f.g) en relación con la interpretación y ejecución del contrato:

- sumisión a leyes y tribunales extranjeros;
- predominio de la versión en lengua extranjera;

f.h) en relación con la gestión:

- control e intervención de la administración;

f.i) en relación con la duración:

- plazos de vigencia excesivos.

g) *Sanciones*. Las hay básicamente de dos tipos: preventivas las primeras, que se traducen por el examen y discusión de los contratos con las partes interesadas, comunicándoles las deficiencias observadas, sugiriéndoles ciertas modificaciones o simplemente negociando con ellas el articulado de los mismos, todo ello en vista de hacer posible la inscripción. Las segundas son de tipo represivo, y las impone la autoridad nacional, si en el ejercicio de su permanente labor de vigilancia sobre la forma en la que aquéllos, una vez inscritos, se aplican y ejecutan, ad-

vierte la comisión de infracciones; suelen concretarse en la suspensión o cancelación de la inscripción practicada²¹⁵, resultando excepcional la imposición de sanciones de tipo pecuniario²¹⁶.

B) *Aspectos diferenciales.*

La coincidencia que, hemos visto, tiene lugar entre los diversos ordenamientos jurídicos dotados de leyes especiales sobre transferencia de tecnología en cuanto a la forma en la que sustancialmente queda ésta ordenada, sufre una quiebra fundamental cuando se comparan, de una parte, los tratamientos que desde el punto de vista de la regulación de las inversiones extranjeras se le reservan a las aportaciones tecnológicas, y los regímenes previstos para las llamadas empresas vinculadas, de otra.

La distinción entre sistemas andinos y los que no lo son se revela en este punto fundamental, desde el momento en que la concreción de las bases sentadas en el artículo 21 de la Decisión n.º 24 del Acuerdo predetermina de forma casi total, en aquel grupo de Estados, el régimen aplicable, a cuya configuración general no parece, de otra parte resultar ajena la combinación que en cada momento y en cada país se produce entre una serie de factores de distinta naturaleza, como, el régimen político, la ideología dominante o en el poder, el sistema económico, el modelo de desarrollo elegido, las experiencias anteriores en este sector de problemas, el grado de influencia de los grupos económicos implantados, etc...

215. Decreto venezolano 2.442, art. 70, y Ley mexicana del 72, art. 11.

216. La Ley argentina n.º 21.617, señala, en el art. 30, a este respecto, que: tratándose de actos jurídicos sujetos a esta Ley, de carácter oneroso, serán sancionados con una multa del uno al veinte por ciento del monto del contrato estimado por la Autoridad de Aplicación, las personas físicas o jurídicas que incurrieren en cualquiera de las siguientes infracciones al régimen de la presente Ley: a) los que ejecutaren actos jurídicos sujetos a esta Ley, sin haberlos presentado a la Autoridad de Aplicación; cuando su inscripción hubiere caducado en los términos del art. 26 de la presente Ley; luego de vencido su plazo; cuando su inscripción hubiere sido denegada; respecto de aquellos inscritos automáticamente, cuando del examen posterior surgiera alguna violación a las disposiciones de la presente Ley y tal disposición contractual haya sido cumplida. b) Los que infringieren la prohibición establecida en el art. 27 de esta Ley. c) los que actúen dolosamente, ocultando, encubriendo o alterando ante la Autoridad de aplicación el real contenido de los actos sujetos a esta Ley. Cuando el acto jurídico a esta Ley, fuere de carácter gratuito, las personas físicas o jurídicas que incurrieren en cualquiera de las infracciones previstas serán sancionadas con una multa de hasta veinte millones de pesos (...).

a) *Aportaciones de capital tecnológico.*

a.a) *Sistemas andinos*: el artículo 21 de la Decisión n.º 24 del Acuerdo de Cartagena es muy claro a este respecto:

«Las contribuciones tecnológicas intangibles darán derecho al pago de regalías, previa autorización del organismo competente, pero no podrán computarse como aporte de capital.»

con lo que se prohíbe en suma que el canon por pagar pueda hacerse en acciones de la empresa receptora²¹⁷. Con ello se tratan de evitar no sólo los problemas que suscita la capitalización del intangible, sino también poner coto a los abusos que derivan de una supervaloración impuesta del mismo, y en particular a la creación de los llamados derechos de transferencia aparentes.

a.b) *Sistemas no andinos*: fuera de los países formalmente vinculados al régimen sub-regional andino es difícil encontrar algún otro donde, al menos de forma expresa no se admita el cómputo de las aportaciones no dinerarias (tecnológicas) como capital social. Esta posibilidad se halla expresa y formalmente admitida en Argentina²¹⁸, Chile²¹⁹ y Uruguay²²⁰, en el círculo latinoamericano. En Portugal²²¹, y en España²²², en el ámbito europeo; y también en Irán²²³, Arabia Saudita²²⁴, Indonesia, Zaire²²⁵, y por lo general en todos aquellos países interesados en captar y fomentar la inversión extranjera como elemento de desarrollo. En cuanto al régimen de estas aportaciones baste señalar de un lado, la amplitud y liberalidad en cuanto a los bienes admitidos como objeto de la aportación (patentes, marcas, asistencia téc-

217. Cfr. por ejemplo en este sentido el Decreto venezolano 2.442, art. 68.

218. En virtud de Ley n.º 21.382 de 13 de Agosto de 1976 sobre inversiones extranjeras, art. 3-5.º, y Ley n.º 21.617, *cit.*, arts. 2 y 12.

219. Estatuto de la inversión extranjera de 7 de Julio de 1974, art. 2 d.

220. Ley 14.179 de 23 de Marzo de 1974 sobre inversión extranjera, art. 1, y Decreto 808/74 de 22 de Octubre, art. 1.

221. Código de inversiones extranjeras de 16 de Marzo de 1976, *cit.*, art. 2.

222. Ley de inversiones extranjeras, promulgada por Decreto 3.021 de 31 de Octubre de 1974 (*BOE del 6 de Noviembre*), art. 2.1., y Reglamento de aplicación, promulgado por Decreto 3.002, de la misma fecha y publicación, art. 2.1.

223. Ley de atracción y protección de la inversión extranjera de 1955.

224. Código de inversiones extranjeras de 1383, art. 1.

225. Ley 65/032 de 26 de Junio de 1969, modificada por Ley 74/004 de 2 de Enero de 1974, art. 1.

nica, licencias, conocimientos no patentados)²²⁶, y la intervención administrativa, de otro, en la valoración asignada a aquéllos, en orden a evitar los posibles abusos que pudieran derivarse del libre juego de las fuerzas del mercado.

b) *Régimen de las «empresas vinculadas».*

b.a) *Sistemas andinos:* Ya hemos tenido ocasión de señalar²²⁷, cómo no siempre el fenómeno de la inversión extranjera y el de la contratación específica de tecnología se presentan como cauces de transferencia alternativos, y que ello puede ser particularmente verdad en presencia de contratos celebrados entre empresas unidas por vínculos financieros, esto es, cuando en el cedente de la tecnología concurre a su vez la condición de accionista del receptor futuro. En estos casos, decíamos, ocurre con frecuencia que inmediatamente sucede al hecho de la inversión no está realmente llamado a canalizar hacia el supuesto importador la tecnología que constituye formalmente su objeto, sino que más bien responde a la búsqueda del más rápido y máximo beneficio por el inversor-cedente, que dispondrá de esta suerte de dos vías oficialmente aceptadas de repatriación de ganancias: la del dividendo, fruto de la inversión realizada, y la del royalty, derivada del contrato suscrito, sin contar, claro es, el ahorro fiscal que supone el hecho de que en los distintos ordenamientos jurídicos se considere normalmente el canon como gasto fiscalmente deducible.

Ha sido a estas contrataciones o transferencias nominales que han tratado de poner término los países integrados en el círculo andino plegando sus legislaciones a lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 21 del Acuerdo²²⁸, según el cual,

«Cuando estas contribuciones sean suministradas a una empresa extranjera por su casa matriz o por otra filial de la misma casa matriz no se autorizará el pago de regalías ni se admitirá deducción alguna por este concepto a efectos tributarios.»

226. En Argentina señala ARACAMA ZORRAQUIN, E. D., «La nouvelle loi argentine...», *cit.* pág. 33, sólo las patentes de invención y los dibujos y modelos industriales pueden ser objeto de tales aportaciones, con exclusión por lo tanto de cualquier otra contribución tecnológica no protegida por derechos de la propiedad industrial.

227. *Vid. supra.* Parte I, Sección 1.ª C.

228. *Cfr.* por ejemplo en este sentido el art. 68-2.º del Decreto venezolano 2.442.

La prohibición afecta pues a los acuerdos entre empresas financieramente vinculadas, e interesa observar a los fines de una mejor y más recta comprensión del precepto transcrito, que es el criterio del control el que a estos efectos opera en el marco del Acuerdo, para deducir en su caso, la nacionalidad extranjera de la empresa considerada. Tal conclusión resulta desde luego, de una lógica interpretación del texto legal citado, desde el momento en que refiriéndose éste a los suministros efectuados por la casa matriz o por *otra filial*, establece una equiparación entre este concepto y el de empresa extranjera, aunque resulta también rectilíneamente, de lo dispuesto en el art. 1.º de la propia Decisión n.º 24²²⁹, donde se define como «empresa extranjera» a la constituida o establecida en el país receptor y cuyo capital perteneciente a inversiones nacionales es inferior al cincuenta y uno por ciento o cuando siendo superior, a juicio del organismo nacional competente, ese porcentaje no se refleja en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa.

b.b) *Sistemas no andinos*: La oposición entre sistemas resulta en este punto menos acusada, y es así que puede también registrarse en este segundo grupo de Estados la presencia de una cierta reacción frente a los abusos que en materia de pagos pudieran producirse como consecuencia de los vínculos financieros existentes entre cedente y receptor. Ahora bien, la intensidad de esta reacción no es siempre la misma, cuando existe, y así encontramos países como Portugal en donde el hecho de la vinculación no da lugar a la adopción de cautela o restricción alguna, como parece deducirse del hecho de que el Código de inversiones extranjeras, tras referirse en su artículo 28 a los contratos de importación de tecnología y principalmente a aquellos que regulan las *relaciones entre empresas extranjeras y las respectivas filiales en el país*, no incluya dentro de la relación de cláusulas prohibidas ordenación alguna de los pagos a que evidentemente ha de dar lugar tal contrato desde el momento en que no se prescribe, y que por lo tanto habrán de entenderse autorizados con carácter general; y países como Argentina y Brasil, donde la hipótesis se halla contemplada expresamente²³⁰, recibiendo

229. Modificado en alguno de sus apartados, por la Decisión n.º 103, adoptada en el vigésimo periodo de sesiones ordinarias de la Comisión, en Lima, del 4 de Agosto al 30 de Octubre de 1976.

230. Cfr. para Argentina, la Ley n.º 21.617, art. 9, que modifica así sustancialmente, lo dispuesto en la reglamentación anterior incorporada a la Ley 20.794, *cit.*, y el comentario de ARACAMA ZORRAQUIN, E. D., «La nouvelle loi

una regulación graduada en función de dos criterios: cuantía de la participación en el capital de la receptora, y tipo de tecnología objeto del contrato; de esta forma se imposibilita el acceso del contrato al Registro y, consiguientemente, los pagos, cuando, de una parte, la participación otorga el control, y cuando además el contrato tiene por objeto la explotación de una patente o de una marca, admitiéndose los demás casos.

2. *Las acciones en el sector de la propiedad industrial.*

Las consideraciones realizadas en torno a la función del sistema de patentes en la transferencia de tecnología a los países en desarrollo²³¹, explica sin duda la dura crítica a que en la mayor parte de estos Estados se está sometiendo a la institución de las patentes en general y al Convenio de París que constituye fundamentalmente su base en particular²³².

Suscrito, como es sabido en 1883 por catorce países (desarrollados), el Convenio de la Unión de París ha sido revisado en seis ocasiones (Bruselas en 1900, Washington en 1911, La Haya en 1925, Londres en 1934, Lisboa en 1958 y Estocolmo en 1967) y esta evolución se ha traducido en un reforzamiento progresivo de la posición del titular de la patente, sin que los países en desarrollo —más de la mitad— adheridos en los últimos años, cuando ya los principios fundamentales estaban firmemente asentados, hayan podido evitarlo. El C.U.P., no ha tenido consiguientemente en cuenta las necesidades y problemas particulares de estos países, que han iniciado así un movimiento que refleja su preocupación por la forma en que en el desarrollo de sus economías, incide el sistema internacional de patentes.

Globalmente considerado, puede decirse que este movimien-

argentine...», *cit.* pág. 33. Para Brasil, los arts. 1.2., 2.2.7., y 3.2.4., del Acto normativo n.º 15.

231. *Vid. supra.* Parte I, Sección 4.ª.

232. *Cfr.* entre otros, O'BRIEN, P., «Revisión del sistema de patentes», *Información Comercial Española*, Julio-Agosto/1976, págs. 190-202; KUNZ, H. P., «La política del Derecho de patentes de los países en desarrollo y el Convenio de la Unión de París», *Revista de Derecho Mercantil*, 1973, págs. 437-55; HIANCE, M., «La propriété industrielle...» (*cit.* págs. 310 ss.); HIANCE, M. y PLASSERAUD, Y., *Brevets et sous développement*, *cit.* págs. 129-48; ARACAMA ZORRAQUIN, E. D., «La Convention de Paris et les pays d'Amérique Latine», *La Propriété Industrielle*, 1975, págs. 92-100; UNCTAD (Informe de la Secretaría), *El sistema internacional de patentes: la revisión del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial*, mimeó, TD/B/C.6/AC.3/2, Ginebra 1977.

to se orienta hacia un tratamiento de las patentes como «instrumentos de política nacional, y no como títulos que protegen intereses privados hoy en día principalmente extranjeros»²³³, lo que se traduce, en suma, por una progresiva reducción del nivel de protección que otorga la patente en su imagen clásica²³⁴.

La impugnación ha discurrido fundamentalmente por las siguientes vías:

a) El hecho de que la C.U.P., no imponga al titular de la patente la explotación de la misma en el país donde se ha otorgado, cuando es sabido²³⁵, que la patente se concede en vista de su efectiva utilización y que uno de los principales problemas de los países en desarrollo lo constituye el hecho de la falta de explotación de las invenciones protegidas.

b) La limitada eficacia de los remedios previstos por la C.U.P. (art. 5.A.2.3.4) para poner coto a los abusos que podían resultar del ejercicio del derecho exclusivo conferido por la patente; y ello porque, en una parte, se registra una polarización excesiva —en perjuicio de otros procedimientos sancionadores previstos por el mismo CUP, como la caducidad o la revocación (art. 5.A.3) sobre el mecanismo de las licencias obligatorias, produciéndose de otra una deficiente ordenación y articulación de las mismas, como revela el hecho del establecimiento de plazos dilatados (4 años) para solicitar la licencia obligatoria, del carácter no exclusivo de la misma y de la posibilidad que se da al titular de justificar su inacción aduciendo excusas legítimas (art. 5.A.4); en tercer lugar el CUP se limita a facultar (norma no obligatoria) a los Estados miembros, para que adopten por vía legislativa medidas del orden señalado, lo que con frecuencia se traduce en la práctica en nuevos inconvenientes, como plazos más largos, fruto de la intervención del poder judicial, prueba de la no explotación a cargo del solicitante, etc., cuando no conduce a una situación sin salida en aquellos casos en que los Estados no hayan instituido un sistema de licencias obligatorias. En fin, es sabido que la licencia obligatoria de poco vale si se carece del *know-how* que normalmente acompaña a la patente.

233. O'BRIEN, P., «Revisión del sistema...», *cit.*, pág. 191.

234. «*C'est en réalité —recuerda HIANCE, M., «La propriété industrielle...», cit. pág. 32— une nouvelle philosophie de la propriété industrielle qui est proposée. Celle-ci, ne doit plus être considérée comme un instrument aux mains des personnes privées et qui sert indirectement l'intérêt général, mais comme un instrument dont l'État peut se servir pour le faire contribuer directement à la satisfaction de cet intérêt.*».

235. *Vid. supra*. Parte I, Sección 4.ª, 3.

c) La excesiva protección que desde el punto de vista de las importaciones confiere el CUP al titular de la patente, que escapa, de una parte a la caducidad, aun cuando su titular, renunciando a la explotación de la misma, opte por la importación en el país donde ha sido concedida, de los objetos fabricados a su amparo en otro país de la Unión (art. 5.1.A), y que cuando es de procedimiento permite, de otra, la constitución de un mercado monopolístico (art. 5 *quater*).

d) La amplitud extremada de las condiciones en que se protege el privilegio de la prioridad (art. 4) desde el momento en que su disfrute viene condicionado por un simple depósito nacional, formalmente regular, con independencia de la posterior suerte de la solicitud (art. 4.A).

e) Los negativos resultados a los que puede conducir el principio de independencia de las patentes (art. 4 *bis*) tal y como en el CUP se halla formulado y concretamente, la posibilidad de que una solicitud rechazada o una patente anulada, se introduzca o siga en vigor en otro país, que carece, por hipótesis —lo que no es infrecuente en los países en desarrollo— de aquella información.

f) El inconveniente que de cara a la adopción de una política de patentes discriminatoria en favor de los intereses de los países en desarrollo, supone el principio de equiparación o trato nacional contemplado en el CUP (art. 2), el cual, parece de una parte impedir toda cooperación o trato preferencial en la materia entre países en desarrollo (art. 19), y conduce, de otra, habida cuenta de que la casi totalidad de las patentes registradas en estos países están en manos de extranjeros, a proteger los intereses de éstos.

La crítica que sucintamente dejamos expuesta, ha determinado en el plano técnico-doctrinal la adopción de actitudes distintas²³⁶, a las que no han sido ajenos los planteamientos políticos e ideológicos, y que van desde una oposición total al sistema en su conjunto, cuyo abandono se reclama, vista su total inutilidad, hasta la defensa del *statu quo*, el cual, si es cierto que debe de ser objeto de una cierta adaptación no debe de experimentar cambios fundamentales, como quiera que constituye un buen instrumento de desarrollo y contiene los resortes necesarios para poner coto a los eventuales abusos.

236. HIANCE, M. y PLASSERAUD, Y., *Brevets et sous-developpement*, cit. págs. 131-48.

Entre estos dos extremos se postula mayoritariamente una revisión en profundidad del régimen vigente, tanto interno como internacional, la cual implicaría como mínimo:

a) Un enfoque de la concesión de las patentes centrado en el interés público, lo que obliga en primer término, a una averiguación del valor social de las mismas, al objeto de excluir después, la patentabilidad, caso de que éste resultase ser de una magnitud tal que desaconsejase la constitución de un monopolio privado.

b) La reducción del plazo de prioridad, y la no aplicación de este principio a terceros de buena fe que hayan iniciado la explotación de la invención cuya prioridad se reivindique, previéndose en ambos casos un trato preferencial para los países en desarrollo.

c) La imposición al que solicita sobre la base del principio de prioridad de la obligación de comunicar a la autoridad local competente la suerte que ha corrido su solicitud en otros países, quienes deberían asimismo venir obligados a informar no sólo sobre este particular sino también en relación con los litigios relativos a la validez de la patente.

d) La reducción de la vida legal de la patente así como la modificación de la forma de computar el plazo, fijándose como punto de partida el de la primera reivindicación de la prioridad.

e) La posibilidad de establecer niveles distintos de tratamiento para extranjeros y nacionales, en beneficio de estos últimos.

f) La limitación de los privilegios monopolísticos que confiere la concesión de la patente, y en particular el que se refiere al control de las importaciones.

g) La imposición expresa y formal al titular de la patente de la obligación de promover la efectiva explotación de la misma.

h) La articulación de un sistema de sanciones verdaderamente operativo frente a la falta de explotación, el cual, debería desde luego apoyarse en un principio de total libertad de los Estados para adoptar y aplicar en la forma y manera que deseen todas las medidas que se estimen oportunas (licencias obligatorias, caducidad automática, revocación, traslación de la carga de la prueba, etc.).

i) La autorización y control administrativo de los acuerdos de licencia de patente.

La reforma postulada ha encontrado ya al día de hoy un cierto eco en la práctica estatal, cuyo examen permite, de una parte, afirmar que este tipo de acción ordenado a fiscalizar por el cauce de la propiedad industrial la transferencia internacional de tecnología, ha gozado de una audiencia notablemente superior a la que ha atacado el problema en base puramente contractual de la que por lo demás no resulta incompatible, como revela por ejemplo la experiencia de ciertos países andinos como Colombia y Perú, además de México y Brasil.

De otra parte ha de observarse que estos reflejos prácticos del proceso de revisión, encarnados en un cierto número de leyes de patentes recientemente produlgadas en algunos países en desarrollo²³⁷, han tenido tonos e intensidades distintas que han venido en suma determinadas por la condición que el país en cuestión tenga o no de miembro del CUP.

El Convenio, como es sabido, contiene un conjunto de normas básicas relativas a los derechos de los titulares de las patentes —las llamadas disposiciones obligatorias²³⁸— las cuales, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 25 debe incorporar todo Estado miembro a su legislación interna; ahora bien, son justamente estas disposiciones o partes de ellas las que como hemos señalado, dan pie al movimiento de impugnación. En el marco del Convenio, y más particularmente en el ofrecido tras la revisión de Estocolmo, la capacidad de reacción de los Estados ha quedado de alguna forma encorsetada, y por ello, hasta tanto no se modifique su texto, no deberá sorprender que algunas de esas leyes modernamente dictadas conserven todavía un rancio sabor unionista.

La impugnación ha encontrado un eco particularmente sono-

237. Merecen citarse en este sentido, dentro del círculo latinoamericano, el Decreto colombiano n.º 410 de 27 de Marzo de 1971, la Ley brasileira n.º 5.772 de 21 de Diciembre de 1971, la Ley peruana n.º 18.350 de 21 de Enero de 1971 y la Ley mexicana de 30 de Diciembre de 1975. Son exponentes significativos dentro del círculo asiático, la Ley hindú n.º 39 de 21 de Diciembre de 1970, la Ley surcoreana de 31 de Diciembre de 1961, la Ley israelí n.º 5.727 de 1967, y la Ley iraquí n.º 65 de 1970; por lo que atañe a los países africanos valga en fin, la cita del Decreto nigeriano n.º 60 de 24 de Diciembre de 1960, la Ordenanza argelina de 3 de Marzo de 1966 y la Ley del Sudán de 1971.

238. Se hallan éstas sustancialmente contenidas en los arts. 2.º (trato nacional), 4.º (prioridad), 4.º bis (independencia), 5.º A. 1.3.4. (licencias obligatorias) y 5.º *quater*. (importaciones).

ro en las leyes de la India²³⁹, Brasil y México²⁴⁰, de las que merecen destacarse los siguientes aspectos²⁴¹:

a) Exclusión de la patentabilidad de las invenciones relativas a fármacos, alimentos, energía nuclear y defensa del medio ambiente (*Ley mexicana*, art. 10; *Ley brasileira*, art. 9; *Ley hindú*, arts. 4 y 5).

b) Exclusión del derecho de importación, del conjunto de derechos exclusivos que normalmente la patente confiere (*Ley mexicana*, art. 37-2.º).

c) Reducción de la duración de la patente (*Ley mexicana*, art. 40; *Ley hindú*, art. 45.1 y 53.1).

d) Formulación expresa de la obligación de explotar la patente que se concede, excluyendo la importación del producto protegido de entre las formas que aquélla puede adoptar, pues no hay explotación verdadera sino cuando tiene lugar la utilización permanente de los procedimientos patentados o con la fabricación del producto protegido en cantidades que correspondan a una explotación industrial efectiva, suficiente para atender la demanda del mercado, y en condiciones adecuadas de calidad y precio (*Ley mexicana*, art. 43; *Ley brasileira*, art. 33.2 *Ley hindú*, art. 83, 84, 90).

e) Control de los contratos de licencia de explotación de patente, sujetándolos a aprobación y registro administrativos (*Ley mexicana*, art. 44, 45; *Ley hindú*, art. 140; *Ley brasileira*, arts. 29-2.º, 29-3.º, 30).

f) Reconocimiento de facultades a la Administración en materia de concesión de licencias obligatorias (*Ley mexicana*, art. 50, 52; *Ley hindú*, arts. 84, 90).

g) Imposición al titular de la patente de comunicar al licenciario, caso de licencia obligatoria, la información necesaria para la explotación (*Ley mexicana*, art. 57).

239. Obsérvese que la India no es miembro del C.U.P.

240. Nótese que ambos países aunque miembros del C.U.P., no han firmado el Acta de Estocolmo, y Brasil, en particular, se ha convertido desde 1961 en uno de los principales opositores al sistema internacional de patentes. Cfr. al respecto ARACAMA ZORRAQUIN, E. D., «La convention de Paris...», cit. págs. 93-4.

241. Cfr. los textos, para Brasil, en *La Propriété Industrielle*, 1972, págs. 183 ss., y el comentario de LEONARDOS, L., «La législation de la propriété industrielle au Brasil et l'évolution récente de son interprétation», *La Propriété Industrielle*, 1977, págs. 224 ss.; para México, *La Propriété Industrielle*, 1976, págs. 001-24; y para la India, *La Propriété industrielle*, 1972, págs. 319 ss.

h) Caducidad automática por falta de explotación superado un cierto plazo (4 años), aun cuando no se hayan concedido licencias obligatorias (*Ley mexicana, art. 48; Ley brasileira, art. 49, 52*).

i) Imposición al solicitante que reivindica la prioridad, de informar acerca de los resultados del examen de su solicitud en los otros países (*Ley brasileira, art. 20; Ley hindú, art. 8.a*).

j) Sustitución de las «excusas legítimas» que el titular puede aducir para evitar la licencia obligatoria, por la idea de fuerza mayor (*Ley brasileira, art. 33*).

k) Traslado al titular que desea evitar la concesión de una licencia obligatoria, de la carga de la prueba de la explotación (*Ley brasileira, art. 33.3*).

l) Creación de licencias de pleno derecho como alternativa a las licencias obligatorias (*Ley hindú, art. 86, 88*).

SECCIÓN 4.^a

El régimen jurídico español en materia de transferencia internacional de tecnología

1. Antecedentes.

El régimen español en materia de transferencia de tecnología desde el extranjero resulta sustancialmente del *Decreto 2343/1973 de 21 de septiembre*²⁴², y de la *Orden Ministerial (Industria) de 5 de diciembre del mismo año*²⁴³, por la que se desarrollan los preceptos relativos a la inscripción de los contratos en el Registro creado por aquél.

Hasta esta fecha, y desde un punto de vista jurídico-sustantivo, la transferencia internacional de tecnología no era objeto en España sino de una regulación tímida y parcial a la que daba pie el *Decreto 418/1965 de 25 de febrero*²⁴⁴, por el que establecía la obligación de las empresas españolas que hubieran suscrito convenios de asistencia técnica, utilización de patentes y licencias, participación de capital extranjero o cualquier otra modalidad de cooperación técnica o financiera, de justificar la inexis-

242. B.O.E. del 2 de Octubre.

243. B.O.E. del 17.

244. B.O.E. del 8 de Marzo.

tencia de restricciones a la libertad de exportación de sus productos (excepción hecha del país proveedor) y el acceso a nuevos modelos y procesos fabriles o a los perfeccionamientos técnicos relativos al proceso industrial de que se trate. Pero esta disposición, en base a la cual había llegado hasta a establecerse en el Ministerio de Comercio un cierto registro y control de los contratos y empresas implicadas²⁴⁵, no se planteaba como recuerda Macías Martín²⁴⁶, el tema de la adquisición de la tecnología extranjera con carácter general sino que lo hacía desde una perspectiva parcial y en función de criterios distintos, como revela el hecho de que se aplicase tan sólo a ciertos sectores industriales y con el carácter de condición para el disfrute de determinadas ventajas como la libertad de instalación industrial.

Esta ordenación se veía completada desde dos puntos de vista. Estaba en primer lugar la perspectiva del *control de cambios*, representada por la *Resolución del extinguido IEME de 17 de marzo de 1961*²⁴⁷, por la que se liberalizaban en aplicación del código de la OCDE, entre otras operaciones, las de asistencia técnica y las relativas a patentes, dibujos, marcas de fábricas e inventos, disponiéndose que «por el Instituto serán cursadas a la Banca que ejerce funciones delegadas las oportunas instrucciones sobre la tramitación a seguir para las transferencias al exterior que estas operaciones originen».

Al objeto de refundir, actualizar y sistematizar los diversos aspectos relativos a los pagos al exterior por conceptos distintos del de mercancías, se dictó por el IEME, con fecha 10 de agosto de 1968, *la Circular n.º 249* de donde resulta el condicionamiento de los pagos al exterior derivados de la formalización de contratos de asistencia técnica o de licencia de explotación de patentes, al cumplimiento de los siguientes requisitos: de una parte, y con carácter general, 1) que el solicitante tuviera la condición de residente en el extranjero, y 2) que se hubiera producido en su caso el vencimiento de la obligación cuyo cumplimiento motivaba la transferencia. Con carácter particular para este tipo de contratos, y al objeto de verificar la autenticidad y regularidad

245. MARTÍN MATEO, R., «El control de las transferencias tecnológicas», *Seminario sobre adquisición...*, cit. págs. 113; VICENT CHULIA, F., «Régimen jurídico de la transferencia...», cit. pág. 860.

246. MACÍAS MARTÍN, J., «Comentario a la nueva regulación española sobre adquisición de tecnología extranjera», *Actas de Derecho Industrial*, t. I/1974, pág. 200.

247. B.O.E. del 20.

de la transacción, sí como para hacer las previsiones necesarias en garantía de los derechos de los contratantes no residentes en España y facilitar en su día la comprobación de la documentación justificativa de los pagos, resultaba asimismo preciso, de otras partes, que los residentes en España, personas físicas o jurídicas, que hubieran formalizado estos contratos remitiesen al IEME antes de su entrada en vigor, copia simple de los mismos, en español, certificada por la empresa y acompañada de la documentación justificativa disponible, de suerte que, en ningún caso nacería el derecho a la salida de divisas para el período anterior a la fecha en que el Instituto hubiera comunicado al contratante residente en España su decisión sobre el texto del contrato. Este pronunciamiento de la Administración sobre el contrato, puntualizan Alvarez Pastor y Eguidazu²⁴⁸, había de entenderse reducido a la comprobación y verificación de que la prestación consistía efectivamente en una asistencia técnica y que a través de la misma no se estaban canalizando pagos por otros conceptos, por lo que no cabe descubrir en este examen administrativo intención fiscalizadora alguna de los aspectos sustantivos del contrato, similar a la que, como veremos, late en el Decreto 2343/1973 de 21 de septiembre y otros textos extranjeros, ya examinados, situados en esta misma línea²⁴⁹.

Perspectiva diferente era en segundo lugar, la de las *inversiones extranjeras*, donde el *Decreto de 24 de diciembre de 1959*²⁵⁰, establecía con gran amplitud de criterio, la posibilidad de que la inversión extranjera adoptara la forma de una aportación directa a empresas españolas de asistencia técnica, patentes, y licencias de fabricación, si bien, y al objeto de evitar los inconvenientes derivados de posibles sobrevaloraciones de estos elementos sujetaba estas modalidades de inversión a la previa valoración y autorización del Ministerio competente.

248. ALVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZO, F., *Control de cambios...*, cit. pág. 571.

249. En la práctica sucedía, sin embargo, que tal fiscalización, sí tenía lugar al representar el IEME el papel de pantalla tras la que se ocultaba el Ministerio de Industria, quien, a través de sus «informes técnicos», consiguió privar de efecto a la medida liberalizadora. Cfr. GARRIGUES WALKER, A., «Aspectos fiscal y financiero de la propiedad industrial», *II Curso sobre propiedad industrial*, Barcelona 1970, pág. 126; MURO DE LA VEGA, M., «La regulación de la transferencia de tecnología extranjera en España», *II Jornadas de estudio sobre propiedad industrial*, Barcelona 1976, pág. 223.

250. B.O.E. del 31 de Diciembre.

2. *El régimen vigente.*

A) *Examen de perspectivas.*

En la actualidad el régimen jurídico español en la materia, no ha perdido su carácter fragmentario. Esta dispersión en la reglamentación de la misma se explica en atención a los distintos modos o formas de enfocar el fenómeno que puede, como ha quedado apuntado, ser considerado con la óptica del control de cambios, bajo el prisma de las inversiones de capital extranjero, y desde una perspectiva sustantiva o material que atiende al análisis del contenido de los convenios en los que se instrumenta.

a) *El control de cambios.*

El control de cambios, ha podido señalarse, traducido la preocupación del legislador en este caso español, para controlar especialmente a partir de 1930 «los flujos de carácter económico entre residentes y no residentes que afectan a la renta y a la riqueza nacional»²⁵¹.

Desde este punto de vista el régimen aplicable a la transferencia de tecnología se halla básicamente recogido en la reciente *O. M. de 14 de septiembre de 1979*²⁵², sobre liberalización exterior en materia de operaciones invisibles corrientes, que deroga la citada Resolución del IEME, de 17 de marzo de 1961 y persigue, al decir de su exposición de motivos, una liberalización que sustituya en la materia, la técnica de la autorización administrativa previa por la de la simple verificación de la regularidad y autenticidad de las operaciones. La liberalización alcanza, claro es, únicamente a los pagos y transferencias, sin perjuicio de que las transacciones continúen rigiéndose por sus normas específicas. Esta O. M., que en su momento habrá de completarse con una circular de la DGTE en la que se dicten, a la atención de las entidades delegadas, una serie de normas operativas para el desarrollo de lo previsto en la misma (ort. 8), liberalizada, y en consecuencia exime de autorización administrativa previa los pagos y transferencias que se deriven de una serie de transacciones invisibles corrientes, que se enumeran en el anexo I de la

251. ALVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU, F., *Control de cambios...*, cit. pág. 14; EGUIDAZU, F., «Comercio de divisas y control de cambios en España, 1900-1936 (Los orígenes del control de cambios)», *Información Comercial Española*, Marzo/1976, págs. 14-52.

252. *B.O.E.* del 27.

misma, entre las que se encunetran, la asistencia técnica, la cesión o adquisición de derechos de patente, marcas, diseños e inventos, protegidos o no, y los dividendos; ahora bien, hecho esto, la O. M. procede selectivamente recogiendo en un anexo II aquellas operaciones, origen de pagos y transferencias de residentes a no residentes que las entidades delegadas podrán realizar, previa presentación, por los interesados de la correspondiente documentación justificativa (art. 4) sin necesidad de previa declaración a la DGTE (art. 3-1); de esta suerte, «los pagos y transferencias que no se encuentren enumerados en el anexo II, o cuya cuantía rebase los límites establecidos en el mismo, requerirán la previa declaración a la DGTE a efectos estadísticos y para verificar la autenticidad de la operación, su carácter regular y el cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa vigente» (art. 3-2). En concreto, por lo que se refiere a los pagos por los conceptos de asistencia técnica, patentes, diseños, marcas e inventos, se establece que podrán efectuarse por la Banca delegada sin previa declaración hasta el límite del contravalor de diez millones de pesetas por contrato y año, no imponiéndose límite cuantitativo alguno a los dividendos siempre que la transferencia se efectúe dentro del plazo de seis meses desde la fecha en que se hubieren devengado en firme.

b) *La legislación de inversiones extranjeras.*

La consideración de la transferencia de tecnología desde el ángulo de las inversiones extranjeras pone sobre el tapete la doble y ya conocida cuestión del cómputo de las aportaciones tecnológicas como capital social, de una parte, y la de su valoración, de otra.

Por lo que atañe a la primera de las cuestiones planteadas, ha de señalarse que la amplitud de criterio que introdujo el *Decreto de 24 de diciembre de 1959* no se ha visto recortada por las recientes disposiciones dictadas en la materia —*Decreto 3021/1974 de 31 de octubre*²⁵³, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto refundido de las disposiciones legislativas sobre inversiones extranjeras en España, arts. 2.1.c, y el *Decreto 3022/1974* de la misma fecha y publicación, por el que se aprueba el Reglamento de inversiones extranjeras en España, arts. 2.1c y 2.1.2— que han confirmado la posibilidad de que la inversión extranjera pueda realizarse «aportando directamente a una empresa, asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación ex-

trajera», lo cual constituye un claro reflejo de una política económica que «encaminada a conseguir una mayor apertura exterior de nuestra economía y la mejora en su grado de competitividad», ha tratado por todos los medios de atraer capitales extranjeros, de los que se dice «han jugado un papel relevante en el desarrollo económico de nuestro país»²⁵⁴.

Ahora bien, tanto entonces como ahora, se establece que «la aportación de asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación extranjera habrá de hacerse previa la autorización de sus contratos y su valoración por los organismos competentes»²⁵⁵. Con ello, el sistema español concilia satisfactoriamente la liberalidad de que hace gala en relación con las modalidades de inversión admitidas, con el intervencionismo que reclama la defensa de los intereses públicos y privados, amenazados por eventuales sobrevaloraciones²⁵⁶, que el inversionista extranjero, proveedor de la tecnología pudiera llegar a imponer²⁵⁷.

Cuestión importante, ya evocada²⁵⁸, que se plantea en relación con este control administrativo de las valoraciones asignadas, es el de los criterios utilizados por la autoridad territorial para apreciar la realidad de éstas. Ni la Ley de inversiones extranjeras ni su reglamento contienen al respecto previsión específica

254. Cfr. la Exposición de motivos del Decreto 3.021/1974, *cit.*

255. La doctrina ha discutido la procedencia de las citadas autorizaciones y valoración, tratándose de patentes registradas en España. Cfr. LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La contratación en España...*, *cit.* pág. 691; en contra, PELAYO HORO, *Revista de Derecho Notarial*, 1966, pág. 251.

256. *Vid. supra.*

257. Obsérvese que este control administrativo de las aportaciones no dinerarias se juxtapone con el instituido por la ley de Sociedades Anónimas de 17 de Julio de 1951, art. 32, desde cuya perspectiva, se ha discutido igualmente la posibilidad de que tal aportación pueda revestir la forma de asistencia técnica (VICENT CHULIA, F., «Régimen jurídico de la transferencia...», *cit.* pág. 866) aunque como señalan AGUILAR, S., CREMADES, B. M.^a y CREMADES, J. A., *El contrato de asistencia técnica...*, *cit.* págs. 65-6, «parece prudente en cada caso concreto buscar alguna fórmula que no esté en oposición con los términos de la ley estrictamente interpretada. Por ejemplo, nada se opone a que la asistencia técnica sea remunerada en efectivo metálico, comprometiéndose la sociedad prestataria de la asistencia técnica a reinvertir simultáneamente las cantidades así cobradas en un aumento de capital de la ley estrictamente interpretada. Por ejemplo, nada se opone a que la asistencia técnica sea remunerada en efectivo metálico, comprometiéndose la sociedad prestataria de la asistencia técnica a reinvertir simultáneamente las cantidades así cobradas en un aumento de capital de la sociedad beneficiaria de la asistencia. De esta manera la aportación extranjera es una aportación dineraria que no puede ser objeto de ninguna crítica». Cfr. también LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La contratación en España...*, *cit.* pág. 692.

258. *Vid. supra.* Parte I, Sección 3.^a 2.

alguna, por lo que de acuerdo con las consideraciones realizadas, nos ha parecido oportuno orientar la búsqueda de los posibles criterios de referencia por el cauce de las normas dictadas para fijar el llamado «valor en aduana».

A este respecto, son relevantes en el ordenamiento jurídico español, la *Ley arancelaria 1/60 de 1 de mayo*²⁵⁹, en su art. 5.º, la *disposición preliminar del Arancel de Aduanas de 27 de julio de 1968*²⁶⁰, el *Decreto 2092/1971 de 13 de agosto*²⁶¹, por el que se aprueba el Apéndice VII de las Ordenanzas generales de la Renta de aduanas, la *Circular n.º 681 de 6 de junio de 1972*²⁶², por la que se dictan normas para la práctica de la valoración en aduana de las mercancías importadas a efectos de las liquidaciones tributarias, el *Real Decreto 115/1977 de 18 de febrero*²⁶³, por el que se aprueba el texto refundido de los impuestos integrantes de la Renta de aduanas, la *Orden Ministerial de 27 de marzo de 1979*²⁶⁴, sobre determinación de la base imponible de las mercancías importantes en régimen *ad valorem*, que deroga entre otras la Orden Ministerial de 24 de diciembre de 1971, y la Circular n.º 824 de la Dirección General de Aduanas de 21 de septiembre de 1979.

El examen de estos textos permite apreciar cómo en el ordenamiento jurídico español, ese «valor en aduana» es el «precio normal», esto es, el estimado en un momento dado para una venta al contado, efectuada en condiciones de libre competencia entre un comprador y un vendedor independientes (Apéndice VII, art. 1.1; R. D. 511/77, art. 8.1) y cómo la determinación del mismo se lleva a cabo a partir del precio pagado o por pagar, con las rectificaciones y ajustes necesario cuando sea distinto del precio usual de competencia, esto es, del que habitualmente se practica en las transacciones comerciales en condiciones de libre competencia (Apéndice VII, art. 5.1; Circular n.º 681, art. 4.2; R. D. 511/77, art. 10).

En esta perspectiva se dispone asimismo que no se considerarán efectuadas en condiciones de libre competencia, las transacciones cuyo precio se halle, por caso, influido por relaciones comerciales, financieras o de otra clase, que pudieran existir entre el vendedor y el comprador fuera de las creadas por la propia venta (Apéndice VII, art. 3.1.b; Circular n.º 681, art. 3.2.2;

259. B.O.E. del 14.

260. B.O.E. del 14 y del 31 de Agosto.

261. B.O.E. del 20 de Septiembre.

262. B.O.E. del 28.

263. B.O.E. del 31 de Marzo y del 13 y 26 de Mayo.

264. B.O.E. del 11 de Abril.

R. D. 511/77, art. 8.3), así como tampoco aquéllas a las que el vendedor obtenga cualquier beneficio derivado de operaciones posteriores a la importación (O. M. de 27 de marzo de 1979, art. 10); en estos supuestos, el precio pagado o por pagar no constituye la base imponible, y la Administración deberá llevar a cabo la investigación necesaria en vista de una posible corrección o ajuste del mismo al objeto de llegar al precio normal (base imponible); así por ejemplo, se dice en la Orden Ministerial de 27 de marzo de 1979, art. 16.1, que si como consecuencia de la utilización de las mercancías importadas revierten al vendedor, directa o indirectamente, cantidades devengadas o a devengar como valor del derecho de utilización de patentes, se incluirá en el valor en Aduana la parte de los mencionados derechos imputables a las mercancías que se valoran, añadiéndose (art. 16.2) que el procedimiento que se haya acordado entre las partes para fijar la cuantía del canon o royalty es indiferente a los efectos de valorar las mercancías que se importan, puesto que al representar las sumas devengadas o a devengar por el concepto de canon el valor del derecho de utilización de los procedimientos deben de incluirse en el valor en Aduana de las mercancías que se importan. En el mismo sentido se dispone en la Circular n.º 681, art. 3.2.2.4.2, en relación con las transacciones concluidas entre firmas asociadas financieramente que «para establecer el ajuste aplicable deberá calcularse la cuantía del canon que satisfacía en el caso de no ser asociada de acuerdo con lo que sea usual en la rama industrial de que se trate».

El texto legal contempla así una tecnología incorporada a una determinada mercancía a cuyo precio habrá normalmente de sumarse con el fin de llegar al valor en aduana; sin embargo, los criterios a la hora de juzgar la verosimilitud del valor asignado a una determinada aportación tecnológica, la suma de los cánones o *royalties* que la sociedad española destinataria habría de pagar caso de haber adquirido la tecnología por vía de un contrato de licencia, pudiéndose del mismo modo tomar en consideración la evolución de la técnica (Circular n.º 681, art. 4.3.3)²⁶⁵, y el producto probable o efectivo de la venta en España por parte de la sociedad receptora (Circular n.º 681, art. 4.3.3)²⁶⁶.

c) *El régimen especial.*

Al igual que otros países tecnológicamente deficitarios y lanzados de hecho a la vía de la importación se ha acusado en Es-

265. B.O.E. del 11 de Enero de 1972.

266. B.O.E. del 16 de Octubre.

paña, la necesidad de una intervención pública en el mercado tecnológico reguladora de los aspectos sustantivos de las transferencias. Esta intervención, a la que se ha dotado de base legal con la publicación de los ya citados Decreto 2343/73 y O. M. de 5 de diciembre del mismo año, ha supuesto que, de entre los distintos planos y formas en que, como es sabido puede ejercerse la acción fiscalizadora estatal ha seleccionado el legislador español el específico de la contratación de tecnología sin que hasta ahora se haya adoptado medida alguna en el sector de la propiedad industrial ni se haya aprovechado la brecha abierta diez años antes por la ley de 20 de julio de 1963²⁶⁷, sobre prácticas restrictivas de la competencia, respecto de la que los mencionados Decretos y Orden constituyen en buena medida doble empleo.

Es en efecto el objeto del Decreto 2343/73, «la transferencia de tecnología desde el extranjero, formalizada mediante contratos, convenios y acuerdos documentados» (art. 1) cualquiera que sea su modalidad, y la intervención de los mismos se orientará, de acuerdo con su preámbulo, «a supervisar la selección y adquisición de tecnología extranjera así como las modalidades según las que esta adquisición se produce, y asimismo a fomentar una utilización de esta tecnología en condiciones que procuren máximo rendimiento para la economía nacional». De esta suerte, se añade, «se conseguirá un conocimiento detallado por parte de la Administración del contenido de la tecnología adquirida y de las condiciones de su adquisición, a la vez que un contenido inequívoco, por parte del administrador, de los criterios de preferencia desde el punto de vista del interés público, en cuanto a las modalidades contractuales de la adquisición».

El régimen que con este objeto y estos fines queda establecido se inspira fundamentalmente, como revela el examen de su contenido, del sistema andino subregional configurado por la Decisión n.º 24 del Acuerdo de Cartagena, y son por ello sus pilares fundamentales, el principio de autorización y registro de los contratos y la tipificación como restrictivas y odiosas de un cierto número de estipulaciones cotractuales.

En la medida, sin embargo, en que hemos podido distinguir²⁶⁸, en relación con la forma en que se regulaban desde el punto de vista de la legislación de inversiones extranjeras, las aportaciones tecnológicas y los pagos de esta naturaleza entre empresas vinculadas, entre sistemas andinos y no andinos, puede afirmarse que el sistema español se integra de preferencia en el

267. *B.O.E. del 23.*

268. *Vid. supra.*

círculo formado por stos últimos; y ello porque, de una parte, la normativa española en materia de inversiones extranjeras permite, como ya se ha indicado, la capitalización de las contribuciones tecnológicas, a reserva del eventual ajuste que de su valor puedan llevar a cabo las autoridades administrativas competentes en el Registro creado por el Decreto 2343/73, pues disponiendo la Orden de 5 de diciembre que la obligación de inscribir afecta a todos los acuerdos mediante los que se adquiere tecnología extranjera «cualquiera que sea la naturaleza de la contraprestación por parte del receptor de la tecnología, es decir, tenga carácter tangible, monetario o no, o intangible en cualquiera de sus formas», no parece que el hecho del pago en acciones pueda sustraer el acto de inversión al mencionado deber de inscripción registral. De otra parte, porque la vinculación financiera entre transmiten y receptor de la tecnología no bloquea de forma absoluta el pago de cánones basados en el nivel de actividad de este último, sino que a los efectos de la evaluación de conjunto de que se habla en el artículo 3.º de la O. M. de 5 de diciembre, que de cara a la preceptiva inscripción de los contratos debe de realizar el Ministerio competente (art. 5 del D. 2343/73) será considerada —siempre que la participación del cedente supere el 50 %— como una condición o aspecto desfavorable (art. 3.12 de la O. M. de 5 de diciembre de 1973) que no deberá por ello impedir por sí sola la inscripción²⁶⁹.

Por lo demás, puede decirse que el sistema articulado participa, en lo esencial, de las reglas comunes a la mayor parte de los regímenes especiales de que se han dotado aquellos ordenamientos que como el nuestro han optado por una intervención activa en el plano de la contratación directa de la tecnología, por lo que, sucintamente, puede quedar caracterizado en base a las siguientes notas:

1.º) *Doble vertiente de la intervención administrativa*, pues, de una parte, y a los efectos de procurar que la adquisición de tecnología extranjera se produzca en las condiciones más beneficiosas para la economía nacional, el Ministerio de Industria, por sí o en base al informe del Departamento que resulte competente

269 Puede resultar de interés el tener presente que en la práctica, los contratos de transmisión de tecnología contra entrega de acciones de la sociedad española receptora, no han representado más del 3 % del total, mientras que el pago de cánones sobre el nivel de actividad se registra en un 90 % de los casos en que el contrato se concluye entre matriz extranjera y filial española. *Cit.* por VICENT CHULIA, F., «Régimen jurídico de la transferencia...», *cit.* pág. 889.

por razón de la materia, deberá de fiscalizar, en primer lugar, el contenido de los contratos, resolviendo acerca de la preceptiva inscripción que de los mismos habrá de practicarse en el Registro especial que se crea en la Dirección General de Promoción Industrial y Tecnología; y de otra parte, al objeto de verificar la regularidad y autenticidad de las transacciones, así como el cumplimiento de las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico, competará a la Dirección General de Transacciones Extranjeras del Ministerio de Comercio, autorizar los pagos y transferencias al extranjero de las divisas que aquéllos pudieran generar (arts. 2, 3 y 6 del D.).

2.º) *Ambito de aplicación del sistema: Ratione personae*, el sistema resulta operativo respecto de los contratos suscritos por personas físicas o jurídicas, domiciliadas, residentes o legalmente establecidas en España, a excepción de la Administración del Estado (art. 2 del D.) *Ratione territorii*, la obligación de registro y consiguiente intervención pública se extiende a los contratos que tienen por objeto la transmisión de tecnología de origen extranjero, desde el extranjero, por lo que si bien el sistema no opera respecto de las exportaciones de tecnología²⁷⁰, se verán sin embargo afectados incluso los acuerdos de comercialización interna de tecnología extranjera concluidos entre personas físicas domiciliadas, residentes o legalmente establecidas en España (art. 3.1-2 del D., y art. 1.1 de la O. M.). De esta suerte, como recuerda Vicent Chulia²⁷¹, «sólo quedan excluidos del deber de inscripción los contratos estipulados entre residentes en España para la transmisión de la tecnología producida en España y las denominadas «inversiones directas de tecnología», es decir, la utilización de tecnología de origen extranjero por parte de empresas (personas físicas o jurídicas) extranjeras en sucursales establecidas en España».

Ratione materiae, resultan en fin sujetos, todos los contratos en virtud de los cuales se transfiera tecnología, con independencia de ésta constituya un elemento principal o accesorio del contrato²⁷², e interesa observar que este concepto, entendido con

270. Se hallan éstas ordenadas desde la perspectiva del control de cambios por la Resolución de 31 de Octubre de 1974 (*B.O.E. del 14 de Noviembre*) y por la Circular 3/74 de 31 de Octubre, ambas de la D.G.T.E. Cfr. al respecto, ALVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU, F., *Control de cambios...*, cit. págs. 607-33.

271. VICENT CHULIA, F., «Régimen jurídico de la transferencia...», cit. pág. 870.

272. MACÍAS MARTÍN, J., «Comentarios a la nueva regulación...», cit. pág. 205.

gran amplitud, podrá adoptar, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.º del Decreto 2343/73, la forma de una o varias de las siguientes prestaciones: «a) cesión de derechos de utilización de patentes y demás modalidades de la propiedad industrial; b) transmisión de conocimientos no patentados, planos, cintas magnéticas registradas con información digital, diagramas, especificaciones e instrucciones, y en general, cesiones de conocimientos aplicables a la actividad productiva, acumulados y conservados bajo secreto y propiedad por las empresas que los controlan; c) servicios de ingeniería, elaboración de estudios previos o anteproyectos, así como proyectos ejecutivos de tipo técnico, servicios de montaje, construcción y operación de plantas, entretenimiento y reparaciones de las mismas; d) servicios de estudios, análisis programación, consulta y asesoramiento en gestión y en administración, en cualquiera de sus aspectos; e) servicios de formación y capacitación de personal relacionado o no con las prestaciones anteriores; f) servicios de documentación e información técnica o económica; g) otras modalidades de asistencia técnica».

3.º) *Condiciones, clases y efectos de la inscripción.* El sistema articulado en el Decreto y Orden citados, prevé, en función del cumplimiento total o parcial de un determinado condicionado, tres tipos básicos de inscripción, a los que se le atribuye una eficacia también distinta. Está en primer lugar la *inscripción normal o propiamente dicha*, que podrá practicarse siempre que, de una parte, el informe emitido por el Departamento ministerial competente por razón de la materia o del tipo de tecnología de que se trate no resulte desfavorable (arts. 4 y 5 in fine del D.), y siempre que, de otra, a juicio de aquél o del de Industria, el contrato de que se trate no incluya cláusulas restrictivas que impidan perjudiquen o dificulten el desarrollo, tecnológico del receptor limiten la libertad empresarial del mismo o representen un abuso por parte del cedente de la tecnología (art. 5 del D.)²⁷³.

Junto a esta inscripción normal, prevé el Decreto (art. 5), una

273. La O. M. de 5 de Diciembre, enumera, en concreto, y sin pretensiones de exhaustividad, en su art. 3.º, una serie de estipulaciones susceptibles de constituir otros tantos aspectos o condiciones desfavorables que, en una «valoración conjunta de la situación del sector y de las características y producto a que se dirija la tecnología objeto del contrato en relación con los derechos y obligaciones que el mismo establezca para las partes», podría obstaculizar la inscripción. *Cfr.*, para un estudio crítico de tales cláusulas, MACÍAS MARTÍN, J., «Comentarios a la nueva regulación...», *cit.* págs. 210-28; GÓMEZ FONTECHA, J. J., «Las licencias de patente...», *cit.* págs. 132-6.

inscripción con anotaciones, para el caso de que ninguna de ellas implique limitación a las posibilidades de exportación del residente o de sus fuentes de suministro, pues en tal caso la inscripción sería absolutamente imposible en ausencia de un informe preceptivo del Ministerio de Comercio (art. 5.2). Existe también una *inscripción automática*, de los contratos de transferencia de tecnología que traduzcan en el plano jurídico-privado los proyectos de cooperación técnica internacional, siempre que el tratado en que este proyecto se concrete establezca con el suficiente detalle las condiciones específicas de aquellos contratos privados, con las que, naturalmente, deberán éstos de estar perfectamente alineados.

En fin, cabe quizás hablar, como categoría diferenciada, de una *inscripción semi-automática*, operativa frente a aquellos contratos de transferencia de tecnología para la producción o utilización de equipos para la defensa nacional, respecto de los cuales, los mencionados motivos de no inscripción, o de inscripción con anotaciones establecidos con carácter general pueden quedar justificados en virtud del interés nacional (art. 5.3 del D.).

Desde la perspectiva de los efectos, pueden distinguirse tres situaciones: inscripción simple, inscripción con anotaciones y denegación de la inscripción. La inscripción en el Registro, sea simple o con anotaciones, produce con carácter general el efecto de abrir la vía hacia la segunda fase del control administrativo, haciendo posible el pronunciamiento del Ministerio de Comercio (DGTE), en cuanto a la transferibilidad al extranjero de las divisas que el contrato pudiera general a favor del proveedor de la tecnología que es objeto del mismo. Quiere esto decir, que sobre los contratos cuya inscripción se haya denegado, en atención a cualquiera de las circunstancias descritas, o no se haya promovido, infringiendo la obligación prevista en los artículos 3 del Decreto y 1.º de la Orden ministerial, no recaerá más sanción que la que supone la imposibilidad legal de pagar y transferir al extranjero las cantidades que hubieran podido devengarse, habida cuenta del carácter simplemente condicionante que el hecho de la inscripción tiene de cara a la autorización que compete al Ministerio de Comercio (art. 6.1 del D.) y de la necesidad de ésta para transferir aquélla al extranjero (art. 6.4 del D.)²⁷⁴.

274. Estas cantidades siempre podrían pagarse, a juicio de ALVAREZ PASTOR, D., y EGUIDAZU, F., *Control de cambios...*, cit. pág. 592, mediante su abono en una cuenta de pesetas interiores de las reguladas por la Circular n.º 283, o en una cuenta bloqueada de las establecidas por el Decreto 313/37, a opción de la D.G.T.E.; cfr. también LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La contratación*

Por lo que atañe particularmente a la inscripción con anotaciones, baste señalar su incidencia respecto de las industrias comprendidas en los sectores relacionados en los arts. 1 y 2 del Decreto 2072/1968 de 27 de julio²⁷⁵, las cuales podrán ver condicionada la autorización administrativa previa a su instalación, ampliación o traspaso, o la concesión de beneficios aplicables en las actuaciones de fomento y promoción de las actividades lucrativas, al hecho de la inexistencia de aquel tipo de inscripción (art. 7 del D.).

4.º) *Información mínima.* Los sujetos obligados a promover la inscripción (art. 1.2 de la O. M.) deberán al tiempo de solicitarla facilitar al Ministerio de Industria además del propio contrato y documentos complementarios (art. 1.5 de la O.M.) una memoria explicativa de los siguientes extremos: a) datos relativos a la empresa que adquiere la tecnología con indicación expresa de su capital social, accionistas nacionales más importantes, participación extranjera si la hubiere, localización de las plantas y establecimientos, principales productos que fabrica, o servicios que presta, volumen de exportaciones e importaciones, personal empleado, contratos de adquisición de tecnología en vigor, contratos de cesión de tecnología a otras empresas, planos y programas para el desarrollo de la propia tecnología, y papel que jugará en el desarrollo tecnológico de la empresa la tecnología objeto del contrato cuya inscripción se pretende, así como los planes para adaptarla y mejorarla; b) datos relativos a la tecnología y su aplicación, con particular mención del contenido tecnológico del convenio, de los procesos y productos a los que se va aplicar la tecnología contratada, de las patentes (españolas o vigentes en España) afectadas por el contrato, de las marcas afectadas por el mismo y países en que estén registradas y vigentes y titulares de las mismas; de la producción estimada que se obtendrá con esa tecnología, y del destino de la misma, de las materias primas, componentes y equipos nacionales y de importación que exige la aplicación de la nueva tecnología, de las

en España..., cit. pág. 800. En contra, aceptando erróneamente la exorbitante consecuencia que deriva del art. 5.º de la O.M. de 5 de Diciembre, BERMEJO ZOFIO, J. F., «Pagos al exterior por asistencia técnica, derechos de autor y ejecución de obras», *Información Comercial Española*, Diciembre/1979, págs. 147-53, espec. pág. 151, para quien el pago en pesetas interiores sólo procede cuando, inscrito el contrato no se haya logrado la autorización en el Registro es requisito de eficacia sin la cual el contrato «no generará ninguna clase de pagos, ni siquiera en pesetas interiores».

275. B.O.E. del 20 de Agosto.

exportaciones previstas, de la inversión del nuevo proyecto y su localización; c) datos relativos a la empresa cedente, detallando en su caso las inversiones de la misma en el capital de empresas españolas, y las empresas de otros países a las que también haya cedido y tenga en vigor la tecnología que ahora cede a la empresa española; d) datos relativos a las condiciones o aspectos del contrato a la luz del listado, que incorpora la Orden ministerial de 5 de diciembre de 1973, podrían obstaculizar la inscripción del mismo en el Registro mencionando en su caso las razones que podrían justificar su presencia en el mismo; e) un resumen cuantitativo y en perspectiva (5 años) de las producciones, ventas en España, exportaciones e importaciones afectadas por el contrato, así como y sobre todo, de los pagos al cedente debidamente desglosados (por una sola vez, por canon proporcional, y por personal y servicios).

El régimen cuyo contenido queda básicamente descrito, ha sido causa de numerosos problemas de interpretación y se ha hecho acreedor de severas críticas que han puesto de relieve:

1.º) *En cuanto a su ámbito de aplicación por razón de la materia*, la extraordinaria amplitud del concepto «transferencia de tecnología» utilizado, desde el momento en que se han englobado en el mismo, cuestiones que en rigor no son constitutivas de tal transferencia, sino de asistencia técnica, e incluso prestaciones que no revisten ninguna de las dos condiciones, como por ejemplo, la reparación de maquinaria²⁷⁶. Esta amplitud con que la categoría se concibe y que se corresponde por otra parte con la orientación dominante tanto en el plano internacional como en el interno²⁷⁷, se compagina mal, como acertadamente ha recordado Bermejo Zofio con el procedimiento lento y complejo que el propio Decreto establece y ello explica el reciente desarrollo de una práctica administrativa todavía no consolidada, que interpretando aquel restrictivamente, ha tendido a librar de la inscripción en el Registro a todos aquellos contratos por los

276. ALVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU, F., *Control de cambios...*, cit. págs. 574-5; TENESSA, A. P., «La transferencia de...», cit. pág. 424; FERNÁNDEZ NOVOA, C., «La inclusión de los derechos...», cit. págs. 149-50; MACÍAS MARTÍN, J., «Comentarios a la nueva regulación...», cit. pág. 207, nota 28; MARTÍN MATEO, R., «El control de las transferencias...», cit., pág. 114.

277. *Cfr.* en este sentido los trabajos en orden a la formación de un Código internacional de conducta y lo dispuesto en las leyes especiales de Argentina, México, Venezuela, Portugal y Brasil, *supra*. Parte II, Secciones 1.ª y 3.ª.

que no se transfiera tecnología en sentido propio, los cuales, se autorizan directamente por el Ministerio de Comercio previo informe del de Industria²⁷⁸.

De otra parte ha planteado también dudas, en cuanto a su sujeción, la ausencia de una referencia expresa y formal a los contratos gratuitos y a aquellos que no generan pagos al exterior, debiendo pensarse a nuestro juicio que, siendo uno de los objetivos perseguidos por el sistema el conocimiento por parte de la Administración española del contenido y condiciones de adquisición de la tecnología, entran éstos en la órbita de aquél²⁷⁹, aunque como se ve, la eficacia del régimen queda, desde la perspectiva de las sanciones, prácticamente anulada respecto de tales contratos²⁸⁰.

2.º) *En cuanto a su ámbito de aplicación por razón del territorio*, la defectuosa forma en que se ha extendido el sistema a los los contratos de comercialización interna de tecnología de origen extranjero, que, en teoría conduce a tener que registrar sin límite alguno aun cuando no haya sido esa la intención, las transacciones que sucesivamente puedan hacerse entre residentes de una tecnología que en su día fue importada en el país, o incluso de unos servicios prestados por técnicos nacionales formados en el extranjero²⁸¹.

3.º) *En cuanto a las personas obligadas a promover la inscripción*, el silencio del legislador acerca de la posibilidad de que sea el propio transmitente el que lo lleve a efecto en aquellos casos en que el receptor se demore en el cumplimiento de esta obligación —que le viene impuesta por el art. 12 de la O.M. de 5 de diciembre de 1973— ya que en otro caso y «habida cuenta de los efectos que se vinculan a la inscripción se dejaría en

278. BERMEJO ZOFIO, J. F., «Pagos al exterior...», *cit.* págs. 151-2.

279. También en este sentido, las leyes especiales de Argentina y Venezuela, *supra*. Parte II, Sección 3.ª.

280. MACÍAS MARTÍN, J., «Comentarios a la nueva regulación...», *cit.* págs. 205-6, notas 25 y 27. En contra, LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La contratación en España...*, *cit.* pág. 776; VICENT CHULIA, F., «Régimen jurídico de la transferencia...», *cit.* pág. 866; MURO DE LA VEGA, M., «La regulación de la transferencia...», *cit.* pág. 232.

281. ALVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU, F., *Control de cambios...*, *cit.* pág. 577. Este riesgo se salva sin embargo satisfactoriamente en el anteproyecto de Código presentado por el Grupo de los 77, art. 2.2, al exigir en uno de los residentes la condición de filial o sucursal de empresa extranjera, o de intermediario. *Vid. supra*. Parte II, Sección 1.ª 2.A.

manos de la entidad receptora el poder demorar indefinidamente la ejecución del contrato absteniéndose de solicitar aquella»²⁸².

4.º) *En cuanto a las condiciones de que se hace depender la inscripción, y en particular, la inexistencia de cláusulas restrictivas, el hecho de que de una parte, la O.M. de 5 de diciembre resulte en este sentido mucho más restrictiva que el Decreto 2343/73 que desarrolla, introduciendo aspectos no contemplados por éste; y el que, de otra, dé lugar a una cierta situación de inseguridad en los administrados, fruto del amplio margen que para la interpretación y apreciación de las citadas cláusulas se confiere a los distintos departamentos ministeriales implicados, que van a poder resolver de hecho, de forma absolutamente discrecional*²⁸³.

5.º) *En cuanto a los efectos de la inscripción en el Registro, las dudas que plantea su entronque con la autorización que para la transferencia de divisas ha de otorgar la DGTE, pues, una de dos: o se entiende que hallándose la transferencia de tecnología efectivamente liberada, una vez comprobada la autenticidad de la operación no podrá la DGTE oponerse a la transferencia de lo devengado por razones distintas de la infracción de normas cambiarias, o se entiende por el contrario que la transferencia de tecnología ha quedado desliberalizada por el Decreto 2343/43 (lo que parece bastante verosímil si se tiene en cuenta que la transferibilidad de los pagos depende en suma de una inscripción discrecional en el Registro sobre la pueden incidir consideraciones de política económica) en cuyo caso, y al margen de la posible infracción del Código de la OCDE que esta circunstancia implicaría*²⁸⁴, es claro que la autorización de la DGTE será la única

282. MACÍAS MARTÍN, J., «Comentarios a la nueva regulación...», *cit.* pág. 228; VICENT CHULIA, F., «Régimen jurídico de la transferencia...», *cit.* pág. 872.

283. ALVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU, F., *Control de cambios...*, *cit.* pág. 580-85; MARTÍN MATEO, R., «El control de las transferencias...», *cit.* pág. 117, para quien «en las autorizaciones aquí analizadas, no sólo las circunstancias de hecho se prestan extremadamente a una ampliación de los poderes decisorios de la Administración, sino que las propias pautas jurídicas aparecen delineadas con trazos sumamente vagos, dando entrada a criterios imprecisos que suponen para la Administración el ejercicio de potestades prácticamente exentas lo que encaja mal con el automatismo reglado de la autorización clásica». Por el contrario señala MACÍAS MARTÍN, J., «Comentarios a la nueva regulación...», *cit.* pág. 277, que «este carácter extremadamente discrecional de la intervención administrativa (...) constituye ciertamente el método más adecuado de actuación».

284. GÓMEZ FONTECHA, J. J., «Las licencias de patente...», *cit.* págs. 127-31; MACÍAS MARTÍN, J., «Comentarios a la nueva regulación...», *cit.* pág. 233.

y auténtica autorización, con lo que se privaría al hecho de la inscripción de toda virtualidad en sentido positivo, esto es, del poder de determinar la autorización de la DGTE ²⁸⁵.

6.º) *En cuanto a los efectos de la no inscripción*, las dudas que frente a lo dispuesto por el Decreto 2343/73, ha suscitado el artículo 5.º de la O.M. de 5 de diciembre, que en base al artículo 3.º de aquél (?) supedita la eficacia de los acuerdos al requisito de la inscripción en el Registro. Y es que, en efecto, mientras el Decreto parece atribuir a la no inscripción una eficacia meramente negativa en el sentido de que ésta no dará sino lugar al cierre de la vía de acceso a la DGTE y en consecuencia a la posibilidad de transferir al exterior las correspondientes divisas, sin que por ello se vea en modo alguno afectada la validez de la operación, el artículo 5 de la mencionada Orden parece condicionar a la inscripción la eficacia de los contratos, y no solamente en un sentido puramente administrativo, referido a la transferibilidad de las divisas, sino elevando aquél a la categoría de requisito especial y esencial para la validez del contrato ²⁸⁶, con lo que los límites de la delegación contenida en el artículo 12 del Decreto se habrían visto claramente desbordados ²⁸⁷.

De otra parte, aceptando como buena la interpretación que se deduce del texto del Decreto aisladamente considerado, no puede menos de ponerse de manifiesto su escasa virtualidad respecto de los contratos que no dan lugar a transferencias al exterior, lo que sucede tanto cuando el contrato tiene carácter gratuito como cuando se trata de un contrato sobre tecnología extranjera celebrado entre residentes; en el primer caso porque no se genera obligación alguna de pago, y en el segundo porque éste, teniendo lugar en pesetas, podrá realizarse en todo caso, con o sin inscripción ²⁸⁸.

285. ALVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU, F., *Control de cambios...*, cit. págs. 588-92.

286. BERMEJO ZOFIO, J. F., «Pagos al exterior...», cit. pág. 151.

287. Cfr. sobre el particular, MACÍAS MARTÍN, M., «Comentarios a la nueva regulación...», cit. págs. 233-5; TENESSA, A. P., «La transferencia de...», cit. págs. 425; VICENT CHULIA, F., «Régimen jurídico de la transferencia...», cit. págs. 872-5 y 881; MARTÍN MATEO, R., «El control de las transferencias...», cit. pág. 116; LUCAS FERNÁNDEZ, F., *La contratación en España...*, cit. págs. 798-9; MURO DE LA VEGA, M., «La regulación de las transferencias...», cit. pág. 234; BERCOVITZ, A., *Problemática actual y reforma del derecho de patentes español*, Madrid 1978, pág. 61.

288. ALVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU, F., *Control de cambios...*, cit. págs. 587-8; MACÍAS MARTÍN, J., «Comentarios a la nueva regulación...», cit. pág. 233.

7.º) *En cuanto a la retroactividad del sistema, lo poco adecuado de la misma y su discutible legalidad*²⁸⁹.

B) *Valoración de conjunto.*

Una valoración global del sistema español de transferencia internacional de tecnología pone en primer lugar de manifiesto su fundamental orientación hacia fórmulas de control de los mecanismos de transferencia de naturaleza contractual, con lo que queda al descubierto la ausencia casi total de una reglamentación suficiente y adecuada de las inversiones tecnológicas a las que se dedica una somera referencia en las leyes especiales vigentes en materia de inversiones extranjeras. Esta circunstancia constituye un primer aspecto negativo.

En segundo lugar ha de señalarse la similitud indiscutible que este sistema presenta con los regímenes adoptados en ciertos países andinos, constituyendo, como ellos, en último término, el reflejo en el plano nacional de los principios formulados en un nivel superior, de ámbito regional, y señaladamente en la Decisión n.º 24 de la Junta del Acuerdo de Cartagena. Es esta una segunda circunstancia que sorprende y reclama a la vez una cierta reflexión; y ello porque con el Decreto 2343/73 y la Orden de 5 de diciembre, que configuran como es sabido básicamente el sistema, el legislador español parece haber apostado por los planteamientos que en este sector de problemas han venido defendiendo y aplicando una serie de países subdesarrollados y en vías de desarrollo aglutinados en el conocido Grupo de los 77, del que cabalmente no cabe ya afirmar que nuestro país forme parte.

España, miembro de la OCDE, ha venido efectivamente ocupando el lugar que le corresponde en el seno del Grupo B de países industrializados, de economía de mercado, cuyas concepciones ha compartido por lo general y con quienes en definitiva se ha alineado cada vez que el ya tradicional y comprensible enfrentamiento entre aquéllas y las sustentadas por los 77 ha tenido lugar; en este sentido resulta por ejemplo reveladora la abstención de nuestro país en la votación de la Resolución n.º 3281, de la Asamblea General, por la que se adoptó la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados²⁹⁰.

289. MARTÍN MATEO, R., «El control de las transferencias...», *cit.* pág. 118; VICENT CHULIA, F., «Régimen jurídico de la transferencia...», *cit.* pág. 885; ALVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU, F., *Control de cambios...*, *cit.* pág. 596.

290. En el turno de explicaciones de voto, España justificó su abstención, en base al hecho de que el texto propuesto a la Asamblea General por

Cabe por ello afirmar que la adopción de un régimen específico de corte latinoamericano ha supuesto, por emplear una expresión en voga, la ruptura de la disciplina de Grupo. Ciertamente podría pensarse, en apoyo o como justificación de este hecho, que España, no obstante su clasificación como país B, se halla poco avanzada desde un punto de vista tecnológico, mostrando además una acusada tendencia al consumo (más que a la creación) de tecnología importada, y que esta situación, hasta cierto punto atípica en el Grupo B reclamaba una ordenación del mercado tecnológico español superadora de los distintos obstáculos e inconvenientes que plantea la adquisición derivativa de tecnología, que sólo podía lograrse merced a una regulación también atípica del estilo andino.

Ahora bien, si esto es así, si la citada ruptura ha respondido efectivamente a este planteamiento²⁹¹, no podemos sino concluir que la normativa producto de la misma se presta a una severa crítica; y ello porque peca gravemente por defecto desde el momento en que como recuerda Bercovitz²⁹², «no se enfrenta con la extensa problemática a que la transferencia de tecnología da lugar, sino que su objeto es más concreto, pues se reduce en definitiva a tratar de evitar que los contratos de transferencia de tecnología incluyan cláusulas o se realicen en condiciones abusivas a favor del cedente de la tecnología».

Esta preocupación casi exclusiva, si no obsesiva, de poner coto a las prácticas restrictivas que puedan derivarse de los contratos de transferencia se desprende tanto de los términos en los que el sistema se halla formulado como de la actuación de los funcionarios encargados de su aplicación, y priva en su ma al régimen español de gran parte de su virtualidad en orden a promover el desarrollo tecnológico del país y reducir progresivamente su dependencia del exterior; y es que no puede aquél ni ésta conseguirse si el sistema que se ha articulado no se ve completado, en la línea de la normativa en la que ha pretendido inspirarse con la adopción, de una parte, de medidas de orden internacional, ordenadas a reforzar nuestra capacidad tecnológica,

el Grupo de los 77 modificaba el equilibrio que se había buscado en el seno del Grupo de trabajo. *Cfr. United Nations. Yearbook, 1974, pág. 393.*

291. *Cfr.* en este sentido PRIMO, C., «Un código internacional de conducta para la transferencia de tecnología», *Economía Industrial*, n.º 142/1975, págs. 45-54, espec. 46-7, donde afirma que el hecho de que nuestro país ocupe una posición intermedia entre las tendencias extremistas de los muy desarrollados y los muy en desarrollo, le obliga a exponer y mantener una posición singular.

292. BERCOVITZ, A., «La transmisión...», *cit.* pág. 99.

y acometiendo de otra, una reforma en profundidad de nuestro vetusto Estatuto de la propiedad industrial.

La necesidad de proceder en el más breve plazo a una revisión de las estructuras vigentes en estas dos direcciones ha venido siendo puesta de manifiesto, en los últimos años, por un amplio sector doctrinal²⁹³, que ha reclamado la urgente formulación de un plan general de desarrollo científico y tecnológico a escala nacional. Este Plan, habría de contemplar como mínimo:

a) Una mayor asignación de recursos a la realización y promoción de actividades de investigación y desarrollo²⁹⁴.

b) La fijación de unos objetivos de acuerdo con un cierto horizonte temporal, así como el establecimiento de un orden de prioridades entre los mismos.

c) La remodelación del actual marco institucional, al objeto de superar las innecesarias duplicidades funcionales y asegurar una adecuada coordinación entre los organismos que lo configuran²⁹⁵.

293. Pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: MARTÍN GONZÁLEZ, C. y RODRÍGUEZ ROMERO, L., «Análisis comparado de la intervención del sector público en España en los procesos de generación y difusión de tecnología», *Información Comercial Española*, n.º 552/1979, págs. 19-33; BERCOVITZ, A., «La transmisión de tecnología...», *cit.* pág. 101; TRIANA, E., «¿Qué es la dependencia...?», *cit.* págs. 65-73; BERCOVITZ, A., *Problemática actual...*, *cit.* pág. 107.

294. Obsérvese que al día de hoy el gasto en I-D permanece estacionado en torno al 0,3 % del PNB, habiéndose señalado como objetivo razonable el elevarlo hasta el 1 %. Cfr. NUENO INIESTA, P., «Producción de tecnología en España», *Economía Industrial*, n.º 188/1979, págs. 59-65; también para una estimación de los gastos en el período 1980-83, GIL PELAEZ, J., «Información de base para una política de financiación de la I-D en España», *Economía Industrial*, n.º 188/1979, págs. 30-43.

295. A los organismos ya existentes (Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Comisión Delegada del Gobierno de Política Científica, Comisión Asesora de Investigación Científica y Técnica) ha venido a sumarse recientemente el Centro para el Desarrollo Tecnológico e Industrial (CEDETI), creado por Real Decreto 2341/77 de 5 de Agosto (*BOE del 12 de Septiembre*) en dependencia de la Dirección General de Promoción Industrial y Tecnología, del Ministerio de Industria y Energía, con el fin de impulsar y promover el desarrollo tecnológico de la producción industrial española en el ámbito del programa previsto en el Real Decreto Ley 38/77 de 13 de Junio por el que se autorizaba al Ministerio de Hacienda a firmar con el BIRD un convenio de crédito (*BOE del 24 de Septiembre de 1977*) con destino al desarrollo tecnológico de la industria española. Cfr. en particular acerca de la actividad del CEDETI, LUENGO, J., «Nuevas estrategias para el desarrollo tecnológico en España», *Economía Industrial*, n.º 188/1979, págs. 6-19.

La reorganización que se propugna, debería comportar en particular²⁹⁶, la atribución al Registro de la Propiedad industrial²⁹⁷, de competencias efectivas en el campo de la transferencia de la tecnología, y señaladamente, las relativas a la autorización y control de los contactos, cuyo ejercicio, como se recordará, se halla hoy encomendado, por virtud de los citados Decreto y Orden de 1973, a la Dirección General de Promoción Industrial y Tecnología (Registro de contratos de transferencia de tecnología); y ello no sólo al objeto de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos ya existentes, sino también porque los medios de que dispone el Registro de la Propiedad Industrial, resultan indispensables para el ejercicio de la función atribuida al nuevo Registro de contratos de transferencia de tecnología.

d) La adopción de medidas de apoyo más eficaces a la investigación empresarial²⁹⁸.

296. BERCOVITZ, A., «La transmisión de tecnología...», *cit.* pág. 101, y *Problemática actual y reforma...*, *cit.* pág. 155.

297. El Registro citado fue convertido en organismo autónomo por Ley de 2 de Mayo de 1975 (*BOE del 15*), la cual le considera (art. 2) como instrumento de la política tecnológica.

298. Estas medidas de índole financiera se califican, según han recordado OYARZÁBAL DELGADO, M. y PAVÓN MOROTE, J., «Fomento de la innovación en los países desarrollados a través de medidas de carácter financiero», *Economía Industrial*, n.º 188/1979, págs. 79-88, de *directas*, cuando «consisten en la aportación de recursos financieros para el desarrollo de un proyecto o programa de innovación», mientras que serán *indirectas*, cuando «si bien tienen una repercusión de índole financiera, no suponen una aportación real de fondos», como sería por ejemplo la concesión de beneficios fiscales a la inversión en I-D, y más en concreto, la consideración, por caso, de la inversión realizada como gasto fiscalmente deducible, o la autorización para amortizar ésta de forma acelerada. Por lo que respecta al sistema fiscal español, debe señalarse que no ha sido sino en fechas muy próximas que los citados mecanismos incentivadores han encontrado un cierto eco, de suerte que puede decirse que tradicionalmente, nos hemos venido situando en el plano de las medidas de apoyo directas, encarnadas por lo demás, en las exiguas ayudas económicas detraídas del Fondo Nacional para la Investigación Científica y Técnica, que gestiona la conocida Comisión Asesora, y canalizadas a través de los Planes concertados y de las Asociaciones de investigación. *Cfr.* sobre el particular, MARTÍN GONZÁLEZ, C. y RODRÍGUEZ ROMERO, L., «Análisis comparado...», *cit.* págs. 27-9. En el marco de la reforma que desde hace un par de años viene experimentando el sistema fiscal español, ha de destacarse que por fin se han tenido en cuenta las inversiones efectuadas por las empresas en programas de I-D, disponiéndose a este respecto en el art. 26-4.º de la Ley 61/1978 de 27 de Diciembre, del Impuesto de sociedades (*BOE del 30*), que podrá deducirse de la cuota líquida del impuesto, el 10 % «de las cantidades destinadas a llevar a cabo programas de investigación o desarrollo de nuevos productos o procedimientos industriales y siempre que se contabilicen como tales inversiones. También en

e) La revalorización y desarrollo de la actividad asesora, que no sólo controladora de la Administración, en el conocimiento y selección de la tecnología disponible en el mercado internacional.

f) La corrección y actualización por la vigente legislación de patentes²⁹⁹, en la perspectiva de la función social que a éstas se le atribuye modernamente y hasta el límite que imponga el respeto de los convenios internacionales suscritos o a suscribir, particularmente en la perspectiva europeo-comunitaria³⁰⁰.

este sentido, se dispone en el Real Decreto 3061/1979 de 29 de Diciembre (*BOE del 30 de Enero de 1980*), que las cantidades invertidas en I-D, podrán ser amortizadas en concepto de propiedad industrial (arts. 2-5.º y 3-6.º), reiterándose de otra parte, la posibilidad de practicar sobre la cuota la deducción citada, con independencia de que la inversión haya sido realizada directamente por el sujeto pasivo o contratada por éste con terceros (arts. 41-1, c., y 45).

299. Como es sabido, el movimiento para la reforma de nuestro Derecho de patentes, que descansa fundamentalmente en el Estatuto de la Propiedad Industrial de 26 de Junio de 1929 (*Gaceta del 30*) se inicia en los años 1959/60 y de forma casi simultánea, en el seno de la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos, y en el Ministerio de Industria, donde se crea una Comisión asesora con este objeto. Fruto de los trabajos desarrollados en ambos organismos fueron dos anteproyectos de ley de patentes, de 1966, el primero (publicado bajo el título de *Reforma del Derecho de patentes español*, Madrid 1976), y de 1967 el segundo (no publicado), ninguno de los cuales llegó a convertirse en ley, como consecuencia de la fuerte oposición de los medios empresariales afectados (negativamente) por la regulación que en ambos proyectos se llevaba a cabo de las invenciones químico-farmacéuticas.

300. No hay que olvidarse que España es miembro del CUP y tiene ratificada el Acta de Estocolmo de 1967, desde 1971 (*BOE del 1 de Febrero*) y que tal circunstancia ha de incidir indudablemente en la reforma, limitando el alcance de la misma. Esta incidencia no deberá sin embargo impedir la realización de todo progreso, y en este sentido han de valorarse positivamente los anteproyectos citados (AIEP y ACO) desde el momento en que aún sin agotar todas las posibilidades (así por ejemplo, en relación con la vida de la patente, que se mantiene en los 20 años —art. 35 del AIEP—, o con su contenido, que sigue comprendiendo el derecho de importación exclusiva —art. 28 del AIEP—, o con las sanciones, licencias obligatorias, por falta de explotación, al no obligar al titular a la comunicación, en su caso del know-how, ni precisar restrictivamente la noción de excusas legítimas —art. 37 del ACO—, se orientan satisfactoriamente en la dirección señalada, al regular por ejemplo, los contratos de licencia de patente, prohibiendo las cláusulas abusivas y sujetándolos a control (arts. 65 del AIEP y 182 del ACO); al consagrar con carácter general la obligación de explotar la patente (art. 135 del ACO) imponiendo a su titular la carga de probar la puesta en explotación (art. 138 del ACO); al sustituir la noción de excusas legítimas, por la fuerza mayor (art. 69-2.º del AIEP); o al no considerar como actos de explotación a los efectos de la concesión de licencias obligatorias, las importaciones del objeto de la patente (art. 70 del AIEP). *Cfr.* en general sobre esta cuestión, BERCOVITZ, A., *Problemática actual y reforma...*, cit. págs. 100-7, 149-89 y las referencias que allí se citan.

Frente a las precedentes consideraciones pudiera acaso argumentarse que con el sistema que los mencionados Decreto y Orden de 1973 configuran, no se ha perseguido sino combatir las prácticas restrictivas derivadas de los contratos de importación de tecnología; semejante explicación no habrá sin embargo de impedir que resulte aquél menos criticable, pues si en efecto tal hubiera sido el objeto habríamos no sólo de deplorar que la ya casi legendaria falta de coordinación entre nuestros departamentos ministeriales, nos hubiera llevado a alejarnos de nuestro Grupo donde como es sabido, este tipo de prácticas se combaten en base al llamado derecho antimonopolio (Cfr., sino que habríamos de dudar asimismo de la oportunidad de aquellos textos legales con cuya publicación se habría pecado por exceso desde el momento en que ésta se habría efectuado de espaldas a la Ley sobre represión de prácticas restrictivas de la competencia de 20 de julio de 1963³⁰¹.

Y es que la Ley del 63 se halla redactada en unos términos suficientemente amplios como para comprender³⁰² y aun superar las prohibiciones contenidas en el artículo 3 de la Orden Ministerial de 5 de diciembre, lo que sin duda es una suerte para el Decreto que desarrolla, no sólo porque en otro caso habríamos de preguntarnos por la legalidad de éste³⁰³, sino también porque permite una represión más eficaz que alcanza incluso a las prácticas que no tengan un origen contractual³⁰⁴, único que el Decreto contempla³⁰⁵.

301. *B.O.E. del 23.*

302. *Cfr. en particular los arts. 1 y 3.*

303. VICENT CHULIA, F., «Régimen jurídico de la transferencia...», *cit.* págs. 877-8.

304. La ley de prácticas restrictivas prohíbe en efecto, además de las prácticas surgidas de convenios, las decisiones o conductas conscientemente paralelas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir falsear o limitar la competencia en todo o en parte del mercado nacional (art. 1-1.º), así como también, la explotación de posiciones de dominio en la totalidad o en parte del mercado de manera injustificadamente lesiva para la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actuación de los restantes competidores (art. 2-1.º).

305. En este sentido deplora MACÍAS MARTÍN, J., «Comentarios a la nueva regulación...», *cit.* págs. 240-1, el reducido ámbito de aplicación de las medidas de control administrativo adoptadas, propugnando una rigurosa aplicación de la ley de prácticas restrictivas. Del mismo modo recuerda BERCOVITZ, A., «La transmisión de tecnología...», *cit.* pág. 103, cómo la publicación del Decreto y Orden del 73 ha supuesto la introducción de «nuevas normas en nuestro ordenamiento, sin haber intentado aplicar las ya vigentes, con lo cual resultan aplicables a un mismo supuesto, disposiciones legales distintas pero dictadas con el mismo fin».



APENDICE LEGISLATIVO

1. ONU/UNCTAD, Anteproyecto de texto combinado del propuesto código internacional de conducta para la transferencia de tecnología.
2. CEE, Proyecto de reglamento de la Comisión, relativo a la aplicación del art. 85 del tratado a ciertas categorías de acuerdos de licencia de patentes.
3. PACTO ANDINO, Decisión n.º 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena sobre régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías; y Decisión n.º 85 sobre aplicación de normas relativas a la propiedad industrial.
4. ARGENTINA, Ley n.º 21.617 de 12 de Agosto de 1977, de transferencia de tecnología.
5. BRASIL, Acto normativo n.º 15, de 11 de Septiembre de 1975.
6. ESPAÑA, Decreto 2343/1973, de 21 de Septiembre, por el que se regula la transferencia de tecnología, y Orden Ministerial de 5 de Diciembre de 1973 por la que se regula la inscripción de contratos de transferencia de tecnología en el Registro creado por el Decreto 2343/1973 de 21 de Septiembre.
7. MEXICO, Ley de 28 de Diciembre de 1972, sobre el registro de la transferencia de tecnología y el uso y explotación de patentes y marcas.
8. VENEZUELA, Decreto n.º 2442 de 8 de Noviembre de 1977, y Decreto n.º 746, de 11 de Febrero de 1975 sobre registro de contratos de importación de tecnología vigentes.