

Justificaciones de política industrial y comercial para abrogar la ley de transferencia de tecnología

*Juan Antonio Toledo Barraza**

Introducción

Con la entrada en vigor de la nueva Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, se reforzó considerablemente en México la seguridad jurídica para las personas físicas y morales en materia de derechos de explotación exclusiva de invenciones y de signos de diferenciación comercial. Al mismo tiempo, la nueva Ley simplificó en lo administrativo, de modo notable, los trámites de licenciamiento y cesión de patentes y marcas. Como parte importante de esto, se abrogó la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas que regía en México desde tiempo atrás. El objetivo de este artículo es describir el nuevo marco de la transferencia de tecnología en los sectores productivos y explicar las principales consideraciones que condujeron al Poder Ejecutivo a proponer al Congreso de la Unión la abrogación de la ley en materia de transferencia de tecnología.

Orígenes de la legislación mexicana en materia de tecnología

La regulación en materia de transferencia de tecnología en México data de principios de los años setenta. En esa época la experiencia mundial había mostrado que por lo general las empresas de los países más industrializados utilizaban la tecnología

con exclusividad, hasta que empezaba a volverse obsoleta. Entonces la sustituían por una más moderna, licenciando la tecnología vieja a empresas de los países menos industrializados, independientemente de si respondía a sus necesidades técnicas o económicas. En otros casos, las empresas transnacionales establecían filiales en esos países mediante la inversión extranjera directa y producían en ellos con la tecnología que tendía a hacerse anticuada.

La primera legislación mexicana en esta materia fue la Ley sobre el Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, del 28 de diciembre de 1972. Sus propósitos principales fueron: controlar los flujos de transferencia de tecnología provenientes del exterior; evitar en los contratos las cláusulas restrictivas de ciertas modalidades de uso de la tecnología que se traspasaba, y fomentar el empleo de tecnologías propias. Sin embargo, en dicha Ley también se estableció la obligación de supervisar los acuerdos de tecnología celebrados únicamente entre nacionales. Asimismo, la Ley preveía el control de diversas figuras jurídicas que no implicaban un verdadero traspaso tecnológico, como las licencias de uso de marcas y los contratos de administración y operación de empresas.

El mecanismo de control establecido en la ley consistía en considerar nulos los contratos que no se presentaran para ser inscritos en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología creado por dicho ordenamiento o aquéllos cuya inscripción no se autorizara por contener cláusulas restrictivas. El cumplimiento de los contratos anulados no se podía reclamar ante los tribunales nacionales. Las partes tampoco podían solicitar beneficios y estímulos fiscales al Gobierno federal (fundamentalmente la deduc-

* Director de Transferencia de Tecnología de la Secofi de 1989 a 1991 y actualmente Director de Patentes en esa Secretaría. Las ideas expresadas representan una evaluación profesional a título personal.

ción fiscal del pago de regalías) si sus contratos no estaban inscritos en el Registro mencionado.

Esta legislación se promulgó en el marco de una economía mexicana cerrada al exterior en un grado muy notable, en lo tocante a comercio e inversión. De ella se derivó una regulación de la contratación privada de tecnología similar a la presente en ese entonces en los países en vías de desarrollo, como la India, Argentina, Brasil, Venezuela, Nigeria, Corea, las Filipinas, etcétera.

En un estudio reciente elaborado por la UNCTAD se describe concisamente lo ocurrido en el plano mundial en aquella época: "A fines del decenio de los sesenta y comienzos del de los setenta varios gobiernos promulgaron leyes y reglamentaciones sobre la transferencia de tecnología o incluyeron directrices sobre la importación de tecnología en el marco de sus políticas sobre las inversiones extranjeras. También se crearon organismos públicos para supervisar las transacciones de transferencia de tecnología y auxiliar a las empresas nacionales en la negociación de contratos. [...] Entre los objetivos perseguidos por esos regímenes de transferencia de tecnología estaban: a) el mejoramiento de las condiciones comerciales de los acuerdos, especialmente respecto de los precios fijados (teniendo presentes los problemas de divisas y evasión fiscal); b) la eliminación o reducción de las prácticas restrictivas, y c) el desglose de los distintos elementos transferidos. Otros objetivos fueron la prevención de la importación de tecnología ya disponible en el país, el mejoramiento de las condiciones para la asimilación y adaptación de la tecnología transferida, el control de las operaciones internas de las empresas transnacionales y la reducción de la duración de los contratos."¹

Debido a que en ese entonces prevalecía en México una estrategia de desarrollo orientada hacia el mercado interno, los estímulos normales de competencia en el interior del país eran relativamente débiles e insuficientes para inducir a los productores nacionales a considerar su tecnología y sus actividades de investigación y desarrollo como elementos para fincar la posición competitiva de sus empresas.

Evolución de la legislación en los años ochenta

En 1982 se expidieron una Ley y su Reglamento. La nueva disposición jurídica sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas pretendió influir con más vigor en la selección y adquisición de tecnología. Con ese fin se establecieron reglas más estrictas para el control gubernamental de las actividades de las empresas en lo relativo a la transferencia de tecnología y se otorgó a la autoridad administrativa una amplia facultad discrecional para imponer su criterio sobre el de los particulares en las decisiones de contratación de tecnología. Así, en los contratos privados de traspaso tecnológico, la autoridad podía dispensar la inclusión de cláusulas restrictivas sobre las modalidades de uso de la tecnología, a cambio de que el acuerdo sometido al Registro representara be-

neficios para el país, los cuales se definían de manera casuista por la autoridad administrativa.

Asimismo, en el Reglamento de la Ley se permitió a la autoridad establecer condiciones para conceder el registro de cualquier contrato, como la adopción forzosa, por parte de la empresa adquirente, de programas técnico-económicos para inducir la asimilación y el desarrollo de la tecnología contratada, los cuales deberían cumplirse durante la vigencia del registro. Desafortunadamente, por esta razón las empresas consideraban por lo general estos programas de asimilación tecnológica como un requisito burocrático más para lograr la inscripción de sus contratos y no como una estrategia empresarial para el fortalecimiento tecnológico de sus negocios.

Además, en los nuevos ordenamientos legales de 1982 se amplió la definición del concepto de tecnología, para abarcar otras cosas, como por ejemplo los programas de cómputo, las cesiones de marcas y los derechos de autor. Sin embargo, no se eliminó el problema del control sobre los acuerdos de tecnología celebrados entre nacionales. En consecuencia, la nueva regulación aumentó la supervisión burocrática de las decisiones de empresas mexicanas y extranjeras sobre una amplia gama de objetos contractuales. La regulación sobre las figuras que no constituían un verdadero traspaso tecnológico llegó a ser en la práctica la principal actividad del Registro Nacional de Transferencia de Tecnología en los siguientes años.

En el período 1983-1988, dicho Registro otorgó la inscripción a 11 187 contratos. De éstos, 70% se suscribió entre nacionales y el resto correspondió a acuerdos celebrados con extranjeros.

Los contratos para los que se solicitó registro en el período mencionado agruparon 15 049 objetos jurídicos sujetos a inscripción (transmisión de conocimientos técnicos, asistencia técnica, ingeniería básica y de detalle, licencia y cesiones de marcas y patentes, servicios de operación y administración de empresas, programas de cómputo, etc.), de los cuales 9 011 (60%) se pactaron entre nacionales. De estos objetos, cinco de cada diez se relacionaban con aspectos administrativos o con la compraventa o el alquiler de algún programa de cómputo. Asimismo, dos de cada diez eran de naturaleza meramente comercial. En otras palabras, siete de cada diez objetos pactados entre nacionales tuvieron escasa o nula importancia en el aspecto tecnológico.

De manera similar, en los primeros años del actual régimen, concretamente en el período 1989-1990, se registraron 4 242 contratos, de los cuales 75% correspondió a nacionales y 25% se celebró con extranjeros. Estos contratos agruparon 5 631 figuras jurídicas, de los que 63% (3 520) correspondió a objetos pactados entre nacionales y únicamente 37% (2 111) a los convenidos con extranjeros. En el caso de los primeros, 77% (2 703) de los objetos no tuvo relevancia en el ámbito tecnológico, es decir, casi ocho de cada diez objetos jurídicos registrados.

De estos datos se deduce que la actividad principal del Registro, durante casi medio decenio, fue revisar e inscribir contratos que en su mayoría no implicaban transferencia de tecnología. La solicitud de una empresa para inscribir un contrato tenía el propósito fundamental de obtener la deducción fiscal de sus pagos de regalías. Ciertamente este proceder de autoridades y empre-

1. Secretaría de la UNCTAD, *Efectos de las novedades recientes en la esfera de la tecnología en las negociaciones sobre el proyecto de código internacional de conducta para la transferencia de tecnología*, UNCTAD, octubre de 1990, p. 29.

sas estaba lejos de ser una política eficaz de modernización tecnológica del aparato productivo nacional. Los resultados sin duda variaron de una empresa a otra, por lo que es difícil efectuar una evaluación definitiva.

En opinión de la UNCTAD, la situación más frecuente en los distintos países con regulaciones como la descrita fue más o menos la siguiente: "Los procedimientos de supervisión y el control de los mecanismos contractuales han tenido efectos perceptibles en los acuerdos de concesión de licencias, especialmente respecto a los pagos de regalías, las prácticas restrictivas y la duración de los contratos, pero no está claro en qué grado se alcanzaron otros objetivos, sobre todo si se tiene en cuenta que en general las transacciones tales como los contratos para la adquisición o instalación de maquinaria y equipo o las adquisiciones públicas estuvieron fuera del ámbito de competencia de los organismos de transferencia de tecnología. Por otra parte, la mayor preocupación por el control podría haber conducido, en algunos casos, a prestar menos atención a otros aspectos decisivos como el proceso de asimilación de tecnología por las empresas nacionales, el acrecentamiento de las capacidades tecnológicas del país y la vigilancia de la aplicación de los contratos."²

La legislación de transferencia de tecnología en el nuevo contexto de la economía mexicana

En años recientes, en particular a partir de 1986, la orientación de la estrategia de desarrollo de México se redefinió cada vez más con base en la internacionalización de su economía, lo que implicó una modificación sustancial de las políticas industrial y comercial. Así, se abandonó el modelo de proteccionismo, y la política industrial pretende mejorar cada vez más la competitividad internacional de las empresas mexicanas, como punto de partida para expandir la producción, generar empleo y aumentar el ingreso nacional. La inversión extranjera contribuye en este sentido, complementando a la nacional.

Paralelamente, la aceleración de la innovación tecnológica está ocasionando cambios muy importantes en la economía mundial. Se ha incrementado el ritmo de perfeccionamiento de los procesos y de mejoramiento e innovación de los productos, lo que plantea enormes exigencias de adaptación tecnológica a las empresas de cualquier país.

En este contexto, el 9 de enero de 1990 el Ejecutivo federal emitió en México un nuevo Reglamento de la Ley sobre el Control y Registro de Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas. Su principal objetivo fue adoptar una política que facilitara y promoviera las iniciativas de las empresas, más que permitir su control estrecho. De este modo se agilizan sus decisiones en materia de contratación de tecnología según convenga a sus estrategias particulares de fortalecimiento de competitividad en el mercado internacional.

La nueva política mexicana no fue un fenómeno aislado ni desconocido en el plano mundial. A principios del actual decenio,

la UNCTAD señalaba: "La tendencia general en materia de política se orienta hacia un menor control de la inversión extranjera directa o de los aspectos contractuales de la transferencia de tecnología, y hacia una mayor promoción y cooperación. [...] La gama de nuevos enfoques adoptados en materia de políticas incluye la búsqueda más activa de una mayor cooperación con los posibles inversionistas y proveedores extranjeros, más incentivos a la inversión y un esfuerzo por proporcionar a las empresas del país más servicios de asesoramiento respecto a la selección de tecnologías y proveedores y a la negociación de contratos. Este enfoque promocional ha tendido también a alentar la inversión y la transferencia de tecnologías extranjeras mediante la eliminación de aquellos elementos de las políticas que los inversionistas extranjeros perciben como desincentivos. En los países de Europa Oriental ha habido una amplia liberalización de las políticas respecto a la inversión extranjera."³

En las nuevas circunstancias de la economía mundial, tiende a ser común el establecimiento de relaciones tecnológicas más complejas entre empresas de diferentes países, en las que se comparten, agrupados en paquetes: conocimientos tecnológicos, ventajas para la fabricación (como la ubicación geográfica y las instalaciones), experiencias y habilidades de mercadeo, acceso a fuentes de aprovisionamiento de insumos y financiamiento. La tecnología ya no se comercia como cualquier otro producto, y el licenciamiento tradicional, a cambio del pago de una regalía, cae rápidamente en desuso como forma de transferencia de tecnología.

Asimismo, la autonomía tecnológica pierde importancia ante estas nuevas formas de asociación entre empresas, que permiten aprovechar las economías de producción a escalas muy grandes, con considerables ganancias de productividad.

"En los acuerdos de transferencia de tecnología a menudo hay una mayor relación entre proveedores y receptores, lo que acarrea una mayor vinculación de los servicios técnicos con diferentes cauces y formas de transferencia, y una menor tendencia a utilizar formas contractuales basadas en la norma de la independencia, como la concesión vertical de licencias o los contratos llave en mano. También se utilizan con más frecuencia las empresas conjuntas y los acuerdos de colaboración como cauces para la transferencia de tecnología."⁴

Una característica del nuevo Reglamento de la Ley es que hace mucho más flexible la aplicación de las causales de negativa de inscripción de los contratos en el Registro. Esto tiene el propósito de otorgar a las empresas la libertad de decisión indispensable para que contraten tecnología en los términos que consideren más adecuados a sus necesidades de competitividad. Con este enfoque, el propósito de facilitar el traspaso de tecnología es un elemento más de la política de desarrollo tecnológico definida por el Gobierno federal en el Programa Nacional de Modernización de la Industria y del Comercio Exterior y en el Programa de Ciencia y Modernización Tecnológica.

3. Informe del Secretario General de la UNCTAD, *Conferencia de la Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: negociaciones sobre un proyecto de código internacional de conducta para la transferencia de tecnología*, Asamblea General de la ONU, octubre de 1990, p. 6.

4. *Ibid.*, p. 6.

2. *Ibid.*, p. 30.

Desde que entró en vigor el nuevo Reglamento hasta la fecha, es decir, de enero de 1990 a abril de 1991, se registraron 2 571 contratos; la autoridad administrativa negó el registro sólo a seis, por no cumplir con las condiciones reglamentarias. Asimismo, menos de 2% de los contratos se inscribió a petición de los particulares con base en el artículo 53 de ese ordenamiento jurídico, el cual prevé de manera más flexible los casos susceptibles de excepción a las causales de negativa de inscripción señaladas en la Ley.

Una de las preocupaciones más frecuentes del público, cuando se anunció la política de desregulación en la materia, fue que el nuevo Reglamento podría propiciar una avalancha de convenios modificatorios, que incluyeran cláusulas más restrictivas para las empresas receptoras, así como un cuantioso aumento del pago de regalías. Los particulares consideraban que la desregulación eliminaba a la autoridad como "el tercer negociador" de los acuerdos de transferencia de tecnología.

Respecto al temor de un fuerte incremento en el número de convenios modificatorios que se someterían a inscripción, los resultados indican que ello no sólo no ocurrió sino que incluso disminuyó la cantidad de solicitudes, aproximadamente 15% en relación con los años 1988-1989.

Por su parte, el pago de regalías se situó entre 4 y 7 por ciento del valor de las ventas. Este rango fue similar al de los dos años mencionados, con la diferencia de que en el período analizado el pago se definió sin la intervención discrecional de la autoridad, mediante la libre negociación de las partes. No obstante, es necesario reconocer que con la liberación del pago de regalías, los pagos fijos aumentaron como tipo de contraprestación, lo cual se considera normal ya que la reglamentación anterior los prohibía expresamente. Este tipo de pagos se presentó con mayor frecuencia en los contratos de servicios de administración y operación de empresas suscritos entre nacionales.

De los datos anteriores se deduce que las empresas nacionales que han contratado transferencia de tecnología, tanto con nacionales como con extranjeros, han aprendido a negociar sus acuerdos y que la experiencia acumulada en 18 años de regulación en la materia dio resultados favorables. Así, la labor gubernamental más importante en los próximos años será promover una cultura tecnológica más generalizada, alentando a las empresas a concebir la asimilación y el desarrollo de tecnología como un elemento fundamental en la modernización de sus procesos productivos.

Con base en su actividad internacional, la UNCTAD considera que: "En muchos países en desarrollo ha tenido lugar un importante proceso de aprendizaje. Muchas empresas han adquirido la capacidad de negociar mejor las condiciones de los contratos de transferencia de tecnología, en parte debido a una mayor colaboración con las autoridades públicas competentes. [...] En general, en algunos países en desarrollo las empresas parecen estar cambiando su objetivo en las transacciones de tecnología, pasando de la mera adquisición de conocimientos técnicos a la obtención de la capacidad de dominar una tecnología. Teniendo presente este objetivo más ambicioso, y habida cuenta de la creciente complejidad de la tecnología transferida, esas empresas se interesan más en una colaboración más estrecha y en relaciones a largo plazo con los proveedores de tecnología que, por su parte, tam-

bién se interesan más en establecer alianzas estratégicas de largo plazo."⁵

"En los países desarrollados de economía de mercado se atribuye más importancia a la doctrina de la legalidad intrínseca de las prácticas basadas en los derechos conferidos en virtud de las leyes sobre la propiedad intelectual, a la doctrina del comportamiento razonable y a consideraciones relativas al interés público en virtud de las cuales se tiende a eximir de la aplicación de las normas antimonopólicas a las prácticas restrictivas. Corolario ineludible de este reforzamiento de algunas doctrinas en materia de competencia ha sido el debilitamiento de las doctrinas de las prohibiciones *per se* y de la lucha contra el abuso de posiciones dominantes del mercado, así como del poder de mercado conferido por los derechos de propiedad intelectual. Asimismo, se ha tendido a asimilar la protección de los conocimientos técnicos secretos no patentados con la protección de los derechos de propiedad intelectual. La liberación también se ha producido en los países en desarrollo, aunque en ellos se ha hecho de forma pragmática, más que como resultado de cualquier cambio de las doctrinas jurídicas. Los efectos perjudiciales de las prácticas restrictivas en la calidad de la tecnología adquirida y en su difusión suscitan cada vez menores preocupaciones, mientras que los efectos desestimuladores de los controles en el volumen de la tecnología adquirida provocan cada vez más inquietud. También se va comprendiendo que el control de las prácticas para concertar contratos equitativos no garantiza necesariamente el éxito de la transferencia y la asimilación de tecnología."⁶

De lo anterior se deduce que no es posible prohibir en lo absoluto las cláusulas restrictivas señaladas, ya que si bien se considera que afectan la libre competencia, esto no sucede en todos los casos, por la diversidad de situaciones que se presentan. Los efectos que las cláusulas restrictivas pueden tener en la libre competencia se deben analizar a la luz de sus consecuencias positivas o negativas, en lugar de asignarles *a priori* una connotación nociva. Ello lleva a evaluar este tipo de problemas en el marco de leyes antimonopólicas, como acontece en la mayoría de los países.

Conclusión

El entorno económico y tecnológico en que opera en la actualidad la economía mexicana es radicalmente distinto al que prevalecía cuando se promulgaron las dos leyes que han normado la transferencia de tecnología en el país. Por ello, el Ejecutivo federal consideró innecesario mantener un ordenamiento jurídico elaborado para regular la transferencia de tecnología en el marco de una economía cerrada. Como consecuencia se propuso ante el Poder Legislativo la abrogación de la ley en materia de transferencia de tecnología, lo que ocurrió por efecto de uno de los artículos transitorios de la nueva Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, en vigor desde el pasado 28 de junio. En el momento actual las necesidades del país requieren de una activa política gubernamental de promoción, que apoye las iniciativas de las empresas nacionales para su inserción eficiente en el contexto económico-tecnológico planteado por la globalización de la economía mundial. □

5. Secretaría de la UNCTAD, *op. cit.*, pp. 11 y 12.

6. *Ibid.*, pp. 45 y 46.