

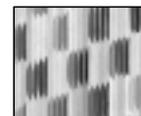
Las soluciones posibles en el marco de la OMC para promover un acceso asequible a los medicamentos

CRISTINA ALCAIDE GUINDO*

Si se busca una solución al problema del acceso a los medicamentos sobre la base del contenido de ADPIC, la solución encontrada puede afectar seriamente el equilibrio de derechos y obligaciones derivados del Acuerdo ADPIC y que perjudique a medio plazo al bienestar general. El compromiso adquirido en Doha propicia unas rápidas negociaciones entre los agentes económicos y los gobiernos para lograr soluciones alternativas a las propuestas manejadas para la modificación o la reinterpretación de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC. Como alternativa más beneficiosa para el interés general, cabe un pacto entre los interesados para una rebaja importante a los países más pobres de los precios practicados por los titulares de patentes de medicamentos. Para que esta solución sea factible, resulta imprescindible asegurar que no se producirán desviaciones de comercio desde los países en que se suministran a precios bajos hacia los de precios altos.

Palabras clave: salud pública, sector farmacéutico, OMC.

Clasificación JEL: F13, F14.



COLABORACIONES

1. Introducción

La Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública (1) adoptada en Doha el 14 de noviembre de 2001 por la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio ha supuesto un cambio importante en las perspectivas para hacer frente a los graves problemas de salud pública que afligen a numerosos países de los más pobres de la tierra.

Los ministros reconocen en ella que los Miembros de la OMC cuyas capacidades de fabricación en el sector farmacéutico son insuficientes o ine-

xistentes podrían tropezar con dificultades para hacer un uso efectivo de las licencias obligatorias con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC (2) y han encomendado al Consejo de los ADPIC que encuentre una pronta solución a este problema y que informe al Consejo General de la OMC antes del fin del 2002.

Las soluciones a este problema son difíciles porque están en manos de un conjunto de actores que tienen relaciones complejas entre sí, diferencias sustanciales en cuanto a los intereses en juego a corto, medio y largo plazo y diferente capacidad de negociación. La solución por la vía de la modificación o reinterpretación de los derechos y obligaciones comprometidos bajo ADPIC ni es la única posible, ni puede lograrse

* Técnico Comercial del Estado. Las opiniones expresadas son estrictamente personales y no constituyen ni la posición española ni la opinión de la SG de Comercio Exterior en este delicado asunto.

(1) http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/min-decl_trips_s.htm

(2) http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf

de forma independiente a una actuación global conjunta que abarque aspectos mucho más amplios.

Además, se corre el riesgo de que, si se busca una solución al problema del acceso a los medicamentos solamente sobre la base del contenido de ADPIC, la solución que pueda encontrarse puede afectar seriamente al equilibrio de derechos y obligaciones derivados del Acuerdo ADPIC que perjudique a medio plazo al bienestar general.

De momento se manejan tres soluciones posibles al problema: las dos primeras que denominaremos «legales» y la tercera que denominaremos «pacto económico».

- Por un lado cabe una solución legal, mediante las negociaciones multilaterales entre los miembros de la OMC, que lleve a una modificación de las reglas internacionales de protección de los medicamentos patentados, que exige al final el consenso de los Gobiernos

- Cabe una segunda solución legal, consistente en una nueva interpretación de la aplicación de excepciones limitadas a los derechos conferidos a las patentes de productos farmacéuticos, que podría no exigir una modificación del texto vigente del Acuerdo ADPIC, pero en ese caso supondría una nueva interpretación de todo el acuerdo.

- Por último, cabe la búsqueda de soluciones pactadas entre los agentes económicos y sociales implicados y los Gobiernos, que pueden resolver el problema caso por caso o mediante el establecimiento de un código de conducta general, que podría ser negociado por los Gobiernos y recomendado a los agentes y operadores implicados, cuya aplicación a cada caso debería concretarse después.

Las «soluciones legales» y la «solución económica pactada» entre los agentes implicados no son mutuamente excluyentes, sino que pueden ser complementarias, no solamente para facilitar el proceso negociador en los dos ámbitos sino también para una utilización de herramientas diversas que permita dar a cada problema concreto un remedio más satisfactorio para todas las partes. Los procesos de negociación en los dos ámbitos (el legal, negociado por los miembros de la OMC

y el económico, negociado por todos los actores) son simultáneos, hay jugadores que participan en ambas partidas y, por tanto, la información sobre su desarrollo es suficientemente transparente, de modo que los dos procesos se influyen mutuamente.

A los jugadores les conviene estar al tanto de la evolución de las diferentes negociaciones. Los intereses en juego son enormemente importantes para todos los implicados y, por tanto, los «jugadores» en cada una de las partidas simultáneas ya están diseñando sus estrategias y sus tácticas. Si queremos seguir la evolución de las partidas y pronosticar las posibles acciones y reacciones dentro de cada una, debemos analizar con cuidado lo que significan cada una de las opciones abiertas y hacer uso de los principios de la teoría de la negociación.

2. La aplicación de los artículos 6, 30 y 31 del acuerdo ADPIC

Una posible actuación para resolver el problema del acceso asequible a los medicamentos es la reinterpretación y/o la modificación del contenido de los compromisos de ADPIC, que es exactamente lo que los Ministros han encargado en Doha a los expertos de todos los miembros de la OMC, poniendo como fecha límite el final de 2002.

1. Para profundizar en las posibles «soluciones técnicas legales» que permitirían ayudar a resolver el problema del acceso a los medicamentos en condiciones asequibles por parte de los países pobres que se encuentran ante una crisis de salud y, en particular, de aquéllos que no tienen suficiente capacidad para la producción propia de los productos farmacéuticos necesarios para combatirla, es preciso en primer lugar conocer con exactitud el panorama de la situación legal de los medicamentos en los países pobres, sobre lo que hasta el momento no se ha profundizado suficientemente. La Comisión Europea ha hecho un primer intento de concretar la situación. Si sus datos son exactos, la situación es la siguiente:

- Cuba, Egipto, India, Madagascar, Pakistán, Qatar y los Emiratos Arabes Unidos han decidido aprovechar el período transitorio que les concede



COLABORACIONES

el artículo 65:4 del Acuerdo ADPIC, que les permite aplazar hasta 1 de enero de 2005 las disposiciones en materia de patentes de productos. Todos estos países pueden promulgar leyes de patentes que tengan en cuenta, en beneficio propio, los grados de flexibilidad que se acuerden en el marco de la OMC.

- La declaración de Doha establece en su párrafo 7 que los países menos adelantados (PMA) miembros no estarán obligados hasta 1 de enero de 2016 a aplicar las secciones 5 y 7 de ADPIC (patentes y protección de la información no divulgada) respecto a los productos farmacéuticos. Sin embargo de los 29 PMA Miembros de la OMC, los siguientes conceden protección de patentes a los productos farmacéuticos: Benin, Burkina Faso, Congo, Gambia, Guinea-Bissau, Guinea Ecuatorial, Lesotho, Malawi, Malí, Mauritania, Mozambique, Níger, República Centroafricana, Sierra Leona, Sudán, Tanzania, Uganda, Zambia.

- No tenemos información sobre la importancia de los productos farmacéuticos esenciales para combatir las principales enfermedades contagiosas que están protegidos por patente en unos países y no en otros, ni de las corrientes de comercio de copias de productos farmacéuticos patentados y de las diferencias de precio entre productos patentados y copias, ni del alcance de las distintas posibilidades legales de agotamiento geográfico de los derechos de patente.

2. En segundo lugar es preciso explicar el contenido y delimitar cuidadosamente el campo de aplicación de las previsiones de los artículos 6, 30 y 31 del acuerdo ADPIC, para después determinar si es preferible proponer alguna modificación de los mismos y/o establecer mecanismos que favorezcan el logro de acuerdos generales entre los actores afectados para la diversificación de precios y aseguren que no existirán importaciones paralelas desde los países en que se practican precios bajos a los países desarrollados donde se practican políticas de precios altos, con el fin de proteger un nivel suficiente de ingresos que garantice la investigación para la innovación en los medicamentos.

Para ello, el primer aspecto que debe abordarse es la interpretación del contenido de los artículos

6, 30 y 31 del acuerdo ADPIC en su versión vigente (3).

(3) *Artículo 6: Agotamiento de los derechos*

Para los efectos de la solución de diferencias en el marco del presente Acuerdo, a reserva de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 no se hará uso de ninguna disposición del presente Acuerdo en relación con la cuestión del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual.

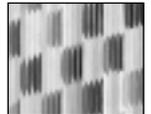
Artículo 30: Excepciones de los derechos conferidos

Los Miembros podrán prever excepciones limitadas de los derechos exclusivos conferidos por una patente, a condición de que tales excepciones no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros.

Artículo 31: Otros usos sin autorización del titular de los derechos

Cuando la legislación de un Miembro permita otros usos de la materia de una patente sin autorización del titular de los derechos, incluido el uso por el gobierno o por terceros autorizados por el gobierno, se observarán las siguientes disposiciones:

- a) la autorización de dichos usos será considerada en función de sus circunstancias propias;
- b) sólo podrán permitirse esos usos cuando, antes de hacerlos, el potencial usuario haya intentado obtener la autorización del titular de los derechos en términos y condiciones comerciales razonables y esos intentos no hayan surtido efecto en un plazo prudencial. Los Miembros podrán eximir de esta obligación en caso de emergencia nacional o en otras circunstancias de extrema urgencia, o en los casos de uso público no comercial. Sin embargo, en las situaciones de emergencia nacional o en otras circunstancias de extrema urgencia el titular de los derechos será notificado en cuanto sea razonablemente posible. En el caso de uso público no comercial, cuando el gobierno o el contratista, sin hacer una búsqueda de patentes, sepa o tenga motivos demostrables para saber que una patente válida es o será utilizada por o para el gobierno, se informará sin demora al titular de los derechos;
- c) el alcance y duración de esos usos se limitarán a los fines para los que hayan sido autorizados y, si se trata de tecnología de semiconductores, sólo podrá hacerse de ella un uso público no comercial o utilizarse para rectificar una práctica declarada contraria a la competencia tras un procedimiento judicial o administrativo;
- d) esos usos serán de carácter no exclusivo;
- e) no podrán cederse esos usos, salvo con aquella parte de la empresa o de su activo intangible que disfrute de ellos;
- f) se autorizarán esos usos principalmente para abastecer el mercado interno del Miembro que autorice tales usos;
- g) la autorización de dichos usos podrá retirarse a reserva de la protección adecuada de los intereses legítimos de las personas que han recibido autorización para esos usos, si las circunstancias que dieron origen a ella han desaparecido y no es probable que vuelvan a surgir. Las autoridades competentes estarán facultadas para examinar, previa petición fundada, si dichas circunstancias siguen existiendo;
- h) el titular de los derechos recibirá una remuneración adecuada según las circunstancias propias de cada caso, habida cuenta del valor económico de la autorización;
- i) la validez jurídica de toda decisión relativa a la autorización de esos usos estará sujeta a revisión judicial u otra revisión independiente por una autoridad superior diferente del mismo Miembro;
- j) toda decisión relativa a la remuneración prevista por esos usos estará sujeta a revisión judicial u otra revisión independiente por una autoridad superior diferente del mismo Miembro;
- k) los Miembros no estarán obligados a aplicar las condiciones establecidas en los apartados b) y f) cuando se hayan permitido esos usos para poner remedio a prácticas que, a resultas de un proceso judicial o administrativo, se haya determinado que son anticompetitivas. La necesidad de corregir las prácticas anticompetitivas se



COLABORACIONES

Como se desprende de la nota a pie de página del artículo 31 (4), no se deben confundir los casos en que resultan de aplicación cada uno de los dos artículos, puesto que son preceptos alternativos excluyentes y no pueden ligarse entre sí. En mi interpretación del contenido del Acuerdo ADPIC, se establecen tres tipos de excepciones y limitaciones al derecho exclusivo conferido temporalmente al titular del derecho de patente:

- Por un lado el artículo 6 exceptúa del uso del mecanismo de solución de diferencias todas las disposiciones internas relativas a la cuestión del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual (en el sentido amplio del término que se utiliza en la OMC), siempre que se respete el cumplimiento de las cláusulas de trato nacional y NMF. Es decir, que los miembros de la OMC son libres de elegir un sistema de agotamiento nacional, plurinacional o mundial sin que por ello puedan ser combatidos con las herramientas de la OMC. Esta «cláusula de paz» puede suponer un impedimento para resolver el problema del acceso a los medicamentos para los países sin suficiente capacidad interna de producción, puesto que en cualquier caso tendrán que basar su suministro en fuentes exteriores, y puede haber miembros de la OMC con protección de patentes, importadores netos de medicamentos, que utilicen esta salvaguardia para librarse de posibles denuncias ante la OMC por permitir el desvío a su país de productos a bajo precio destinados en principio a países pobres con problemas de producción.

- Por otra parte, nos encontramos con las excepciones limitadas de los derechos exclusi-

vos conferidos por una patente, previstas en el artículo 30.

En mi opinión no se trata de excepciones caso por caso, sino de particularidades de la legislación interna de propiedad industrial. En este artículo se establecen las condiciones que deben cumplir los preceptos de la legislación interna que impongan excepciones limitadas de los derechos exclusivos conferidos por una patente. Son condiciones paralelas (*mutatis mutandis*) a las impuestas para el establecimiento de excepciones a los derechos de autor y conexos (artículo 13), a los derechos de marca de fábrica o de comercio (artículo 17) y a los dibujos y modelos industriales (artículo 26.2). Sería enormemente sorprendente que de facto se modificara el alcance de las excepciones limitadas posibles en el caso de las patentes de medicamentos y no en el resto de los derechos de propiedad industrial e intelectual.

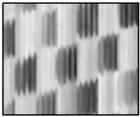
En el caso concreto de los derechos exclusivos conferidos por una patente, los miembros de la OMC obligados a respetar los preceptos de ADPIC sobre patentes pueden establecer esas excepciones limitadas sin infringir sus compromisos bajo ADPIC si:

- No atentan de manera injustificable contra la explotación normal de la patente
- No causan un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente
- Tienen en cuenta los intereses legítimos de terceros

Si un país incluye en su legislación interna del derecho de patente una excepción limitada que permita la exportación, a países que han concedido una licencia obligatoria, de copias sin autorización del titular de la patente, deberá cumplir con estos requisitos.

La Comisión Europea parece defender esta solución porque cree que no sería preciso entablar negociaciones para la modificación de ADPIC, pero ello solo sería posible si se aceptara que, sin más negociación en la OMC, la legislación interna de cualquier país puede establecer este tipo de excepción al derecho de patente en cualquier sector.

Por el momento no se han definido claramente cuáles son los casos concretos de problemas de acceso a los medicamentos que se resolverían con



COLABORACIONES

podrá tener en cuenta al determinar el importe de la remuneración en esos casos. Las autoridades competentes tendrán facultades para denegar la revocación de la autorización si resulta probable que las condiciones que dieron lugar a esa autorización se repitan;

l) cuando se hayan autorizado esos usos para permitir la explotación de una patente («segunda patente») que no pueda ser explotada sin infringir otra patente («primera patente»), habrán de observarse las siguientes condiciones adicionales:

i) la invención reivindicada en la segunda patente ha de suponer un avance técnico importante de una importancia económica considerable con respecto a la invención reivindicada en la primera patente;

ii) el titular de la primera patente tendrá derecho a una licencia cruzada en condiciones razonables para explotar la invención reivindicada en la segunda patente; y

iii) no podrá cederse el uso autorizado de la primera patente sin la cesión de la segunda patente.

(4) La expresión «otros usos» se refiere a los usos distintos de los permitidos en virtud del artículo 30.

esta solución, teniendo en cuenta el número de países que no tienen legislación de patentes y, por tanto, no pueden conceder licencias obligatorias para la importación de «medicamentos patentados» y el número de medicamentos que no están patentados en todos los países

Si se decide avanzar por esta vía, es imprescindible negociar en la OMC para dar guías suficientes sobre el contenido mínimo de protección que la legislación interna habría de conceder para asegurar que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 30 ya citados. El asunto se complica aún más porque el artículo 27.1 de ADPIC establece el principio de no discriminación para los derechos de patente, entre otros por razón del «campo de la tecnología», por lo que no parece probable que se logre aislar el caso de las excepciones limitadas a los derechos conferidos por las patentes de productos farmacéuticos. De modo que el argumento máximo esgrimido a favor de esta solución —que no haría falta lograr un consenso en la OMC— resulta en mi opinión totalmente rechazable.

- Por último, nos encontramos con una tercera situación diferente, que es la prevista en el artículo 31, que establece cuáles son las condiciones que se deben cumplir cuando la legislación de un miembro de la OMC permita otros usos de la materia de una patente sin autorización del titular de los derechos, incluido el uso por el gobierno o por terceros autorizados por el gobierno (licencias obligatorias). Se trata de permitir que en el mercado concreto convivan los productos fabricados por el titular de la patente o con su consentimiento, con otros fabricados sobre la base legal de una licencia obligatoria.

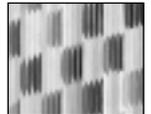
Son excepciones caso por caso, limitadas al alcance y al período temporal en que se den unas circunstancias determinadas, aplicables principalmente para el mercado interno y sin derecho a la exclusividad ni a la cesión; el titular de los derechos debe tener la oportunidad previa de negociar la concesión del uso del derecho y recibir una remuneración razonable, y tanto la validez jurídica de la autorización como la remuneración prevista por esos usos estarán sujetas a revisión por órgano judicial o administrativo superior e independiente.

Solamente se establece una excepción a las obligaciones de entablar previamente negociaciones con el titular del derecho y a conceder el uso principalmente para abastecer el mercado interno del Miembro que lo autorice, que se encuentra en el apartado k) del artículo 31. Dicho apartado prevé que no será preciso cumplir esas condiciones cuando el uso sin autorización del titular se haya permitido para poner remedio a prácticas que, a resultas de un proceso judicial o administrativo, se haya determinado que son anticompetitivas.

Por tanto, con arreglo al acuerdo ADPIC vigente, se puede conceder una licencia obligatoria y suministrar a un país tercero a resultas de una resolución tras un expediente que condene la existencia de prácticas contrarias a la competencia. Esta situación se daría si hubiera una decisión de existencia de un acuerdo anticompetitivo entre titulares de derechos de patente de fármacos sustitutivos para un tratamiento médico concreto o de un abuso de posición de dominio por uno o varios titulares. En esas condiciones el titular del derecho podría verse privado del derecho exclusivo que le otorga la patente registrada, sin haber tenido posibilidad de negociaciones previas y sin limitación para las exportaciones de los productos fabricados sin su autorización. En estos casos, además, la existencia de situaciones anticompetitivas puede tenerse en cuenta para la determinación de la remuneración.

La conclusión que, a mi juicio, se extrae de este conjunto de disposiciones es que, con los compromisos que se derivan del acuerdo ADPIC vigente, ni los países que tienen capacidad de fabricación pueden otorgar licencia obligatoria a sus laboratorios para suministrar grandes cantidades de medicamentos a los países que los precisan y no tienen dicha capacidad, ni tampoco los países receptores pueden conceder licencia obligatoria para importarlos cuando no tienen legislación de patentes, y aunque pueden conceder una licencia obligatoria para importar, no tienen garantía alguna de obtener un suministro fiable y suficiente a un precio asequible.

En la actualidad existe un determinado campo para las corrientes de comercio legal de copias de medicamentos patentados, pero su importancia es



COLABORACIONES

escasa y tenderá a disminuir a partir de 2005, cuando los países con mayor capacidad de producción que no protegen las patentes de producto de los farmacéuticos estén obligados a hacerlo por sus compromisos adquiridos bajo ADPIC, si no se encuentran alternativas legales o negociadas para hacer posible un acceso más asequible a los medicamentos para los países más pobres.

En mi opinión, a menos que se modifique el contenido del artículo 31 de ADPIC, no es posible solucionar, mediante la concesión de licencias obligatorias, el problema del acceso a medicamentos asequibles por parte de los países con crisis de salud que no tengan capacidad suficiente para la fabricación de copias más que cuando haya presunción de prácticas anticompetitivas.

Esta modificación de ADPIC exigiría el consenso de los miembros de la OMC, que solamente podrá lograrse si el proceso de negociación permite a todos los miembros obtener algún beneficio y hacer a sus poblaciones partícipes de su éxito. En mi opinión, no va a resultar fácil que se acuerde una modificación singular de los preceptos de ADPIC de forma aislada pero, si finalmente se acordara entablar negociaciones para una modificación del contenido del artículo 31, el acuerdo sería más fácil si se enmarcara en el paquete global de la nueva ronda de negociaciones multilaterales, de forma que las concesiones de los países desarrollados en este aspecto pudieran formar parte del paquete de «compromiso único».

3. Otras soluciones posibles

La modificación de ADPIC para permitir el suministro de copias de medicamentos patentados a países con problemas graves de salud no es la única solución posible a este problema, sino que caben soluciones alternativas, como son:

- En el caso de que en el país que sufre la crisis de salud no exista legislación de patentes, se permite la importación o la fabricación interna de copias, pero el gobierno no puede conceder una licencia obligatoria.
- Cuando el país que sufre la crisis de salud cuenta en su territorio con capacidad suficiente de producción, cabe una negociación para la reduc-

ción sustancial del precio entre el gobierno y el titular de la patente, incentivada bajo la amenaza de conceder una licencia obligatoria para la fabricación de copias. (Ha sido el caso de Bayer y el gobierno de Canadá para el antibiótico prescrito contra el carbunco)

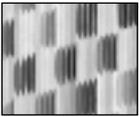
- Como ya se ha indicado, el artículo 31 k) de ADPIC prevé que un país que tenga legislación de competencia, en uso de la cual se intenta poner remedio a prácticas anticompetitivas a resultas de un proceso judicial o administrativo, puede permitir el uso de la patente sin autorización del titular para poner remedio a dichas prácticas sin necesidad de entablar previamente negociaciones con el titular del derecho ni de conceder el uso principalmente para abastecer su mercado interno. Esta posibilidad no ha sido suficientemente explorada ni, que yo sepa, aireada en el debate internacional que ha tenido lugar en el último año, pero podría dar mucho juego.

Es ampliamente aceptado que los derechos exclusivos conceden a sus titulares una posición de dominio, siempre que no haya suficiente oferta de productos alternativos que sirvan par el mismo uso.

Por otra parte, es normal que la legislación de competencia contenga previsiones para la imposición de medidas cautelares en los casos en que existe evidencia de *pericolo in mora* y *fumus boni iuris*.

De modo que, si existe apariencia de abuso de posición de dominio, es posible para el tribunal o el órgano administrativo competente dictar una medida cautelar consistente en la concesión de licencias obligatorias sin necesidad de negociación previa con el titular de la patente, sin la limitación de autorización para abastecer principalmente el mercado interno y pudiendo utilizar la circunstancia de falta de competencia para determinar el importe de la remuneración debida al titular.

- Como solución general al problema de los países que no tienen suficiente capacidad interna de producción, cabe un pacto entre los titulares de las patentes y los gobiernos receptores para una rebaja importante de los precios habitualmente practicados por los titulares de patentes de medicamentos. Para que esta solución sea factible,



COLABORACIONES

resulta imprescindible que los titulares de las patentes obtengan la seguridad de que no se producirán desviaciones de comercio desde los países en que se suministran a precios bajos hacia los de precios altos. Con ello les hará posible la segmentación de precios dependiendo de que el destino de uso sea un país de alta o baja renta per cápita y baja o alta elasticidad-precio de la demanda del medicamento y lograrán garantizar un ingreso global suficientemente remunerador.

Los Gobiernos también pueden aportar medidas de apoyo a estos acuerdos, mediante la elaboración y suscripción de un código de conducta que después recomienden a los otros actores (organizaciones internacionales, ONG, empresas). El instrumento legal en el marco de la OMC podría ser una Decisión de los Ministros, similar en su planteamiento al Anejo 3 del Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio (5) (Código de Conducta para la elaboración, adopción y aplicación de normas) combinado con la Decisión relativa al proyecto de entendimiento sobre un sistema de información OMC-ISO sobre normas (6).

4. Aplicación de las herramientas de teoría de la negociación

Recordemos los principios fundamentales de la Teoría de la Negociación (7).

Una situación de negociación es toda situación en que dos o más jugadores (personas, empresas, partidos políticos, instituciones, países...) tienen un interés común en cooperar, pero tienen intereses encontrados sobre cómo cooperar exactamente.

El aspecto fundamental que enfrenta a los participantes en una situación de negociación («los jugadores») es la necesidad de alcanzar un acuerdo sobre cómo cooperar exactamente.

Negociación es cualquier proceso mediante el cual los jugadores tratan de alcanzar un acuerdo.

Normalmente lleva tiempo, pues tiene lugar con ofertas y contra ofertas. Por ello un aspecto fundamental de la teoría de la negociación es sobre las propiedades de *eficiencia* y *distribución* del resultado de la negociación.

Los procesos de negociación no están exentos de fricciones:

1. Como mínimo, consumen tiempo, que es un elemento valioso para los jugadores. La *paciencia* confiere poder de negociación; la *pobreza*, al llevar a un mayor grado de impaciencia, afecta negativamente al poder de negociación de quien la soporta.

2. Otra fuente de posible fricción se deriva de que se pueda llegar a un desacuerdo definitivo causa de factores exógenos e incontrolables, aunque la probabilidad de que esto ocurra sea pequeña. La *aversión al riesgo* afecta negativamente al poder de negociación.

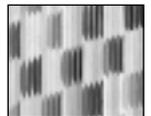
3. Los jugadores pueden tener acceso a *opciones externas y/o a opciones internas*.

Una opción externa es cualquier posibilidad de uno de los jugadores de llegar a un acuerdo externo incompatible con el acuerdo con el otro jugador. En igualdad de condiciones, la existencia de opciones externas aumenta la capacidad de negociación del jugador que las posee en mayor medida.

Una opción interna es cualquier ventaja que uno de los jugadores puede estar obteniendo de la negociación mientras dure ésta porque existe desacuerdo entre los jugadores. En igualdad de condiciones, el jugador que detenta una mayor opción interna tiene más poder negociador.

Puede resultar que exista relación inversa entre el valor de las opciones internas y las externas y entre las de uno y otro jugador, de modo que al negociar sea preciso tomar en consideración cómo evolucionan todas ellas.

Cabe esperar que, cuando las opciones externas de ambos jugadores son escasas, el que tiene mayor opción interna es el que saldrá ganando más de la negociación. Sin embargo, si uno de los dos jugadores tiene una opción externa suficientemente atractiva, obtendrá el acuerdo más favorable. Por último, si los dos jugadores tienen una opción externa suficientemente interesante, les convendrá ejercitarla y no llegar a un acuerdo mutuo.



COLABORACIONES

(5) http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/17-tbt.pdf

(6) http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/37-dbt1.pdf

(7) Me baso en: «A non-technical Introduction to Bargaining Theory», de Abhinay Mutho. *World Economics*, Febrero 2000 <http://privatewww.essex.ac.uk/~muthool/>. Para una formalización más académica, vid: *Bargaining Theory with Applications*, del mismo autor, Cambridge University Press <http://readingroom.elpress.com/book.jsp?Book=0521576474>

Tácticas de compromiso (commitment tactics). Son todas las actuaciones de un jugador, anteriores o durante las negociaciones, que lo comprometen hasta cierto punto a mantener una determinada posición negociadora, por ejemplo a no poder aceptar hacer determinadas concesiones.

Aunque intuitivamente resulta sorprendente, cuanto mayor sea el coste de dar marcha atrás a los compromisos adquiridos, mayor será su poder de negociación.

Sin embargo, el despliegue de tales tácticas de compromiso por todos los jugadores puede hacer más probable el desacuerdo o que se logren acuerdos solamente tras dilaciones costosas.

La distribución de la información entre los jugadores es un elemento sustancial para el resultado de las negociaciones. Es relativamente habitual que uno de los jugadores tenga información relevante no conocida por el otro. La existencia de *información asimétrica* puede dificultar que se llegue a un acuerdo que podría ser interesante para ambos jugadores si hubiera un modo creíble de transmitir esa información al jugador que no la tiene. En las negociaciones salariales, la huelga puede ser el mecanismo de los sindicatos para conocer el nivel de beneficios de la empresa, aunque sería más beneficioso encontrar algún medio alternativo menos destructivo.

En igualdad de condiciones, el mejor informado tiene más poder de negociación.

En igualdad de condiciones, el jugador que lleva la *iniciativa para hacer ofertas* tiene mayor poder de negociación.

La reputación de fortaleza en las negociaciones confiere poder de negociación.

El *populismo* y el *activismo judicial* pueden paralizar las negociaciones a no ser que todos los jugadores sean conscientes de la necesidad de ellas por razones de opinión pública y de sus consecuencias reales.

Las negociaciones pueden tener lugar entre muchos jugadores, no solamente entre dos. En ese caso es preciso llegar a coaliciones y la decisión más importante es con quien formar una coalición. En esos casos, es preciso atender a los principios de negociación complejos y su aplicación bajo diferentes escenarios.

En el caso que analizamos, existen al menos dos partidas simultáneas, cuya evolución supone una modificación de las opciones externas de los jugadores de las otras partidas: la que se juega en la OMC entre los gobiernos de los países miembros y la que se juega entre las empresas farmacéuticas y los gobiernos de países pobres con crisis de salud pública.

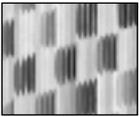
Los gobiernos no están polarizados en dos bandos, sino que al menos existen cuatro grupos con posiciones diferentes:

- los países desarrollados con intereses claros defensivos de los derechos de los titulares
- los países desarrollados con intereses encontrados como consecuencia de la defensa por la sociedad civil de la necesidad ineludible de erradicación de las enfermedades que se contraponen a la conveniencia de defender la protección de las patentes.
- los países en desarrollo con intereses industriales concretos para que se facilite la producción de copias para la exportación
- los países con problemas graves de crisis de salud e incapacidad de sus poblaciones enfermas para acceder a los medicamentos necesarios interesados en lograr el acceso a los medicamentos al precio más bajo posible

En segundo lugar, los jugadores pueden tener intereses personales que no están en línea con los de la organización por cuenta de la que participan en la partida, lo que puede tener efectos importantes sobre el resultado de las negociaciones. Tanto los negociadores por cuenta de las empresas como los de los gobiernos pueden tener una opción interna o externa personal que no coincida con el interés de su organización, lo que dificultará que se llegue al mejor de los acuerdos posibles. En este punto, es fundamental que la posibilidad de corrupción no invalide el proceso negociador.

Por otra parte, existen consecuencias económicas importantes para algunos no jugadores:

- las empresas capaces de fabricar copias de los medicamentos patentados a precios más bajos que los costes medios de producción de los titulares de patentes, competidores potenciales de los titulares de las patentes si se acuerda una solución legal que limite los derechos exclusivos que concede la patente



COLABORACIONES

- los titulares de derechos de propiedad industrial e intelectual que nada tienen que ver con los productos farmacéuticos pero pueden verse afectados sus intereses si se modifica el equilibrio actual de derechos y obligaciones aceptado bajo ADPIC.

5. Conclusiones provisionales

Vale la pena destacar que el compromiso asumido por los Ministros en Doha para buscar una solución bajo ADPIC es un dato que propicia enormemente el posible avance en las negociaciones entre los agentes económicos y los gobiernos para lograr soluciones alternativas más beneficiosas en términos de bienestar general que la modificación del acuerdo de ADPIC.

Aplicando los principios de la teoría de la negociación enunciados al caso que nos ocupa, creo que pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- Los países pobres que sufren crisis de salud tienen urgencia, y por ello su poder de negociación está debilitado. Sin embargo, tienen una opción externa muy poderosa (que quizás puedan lograr el suministro por otros laboratorios de copias de los medicamentos patentados que precisen) que incrementa enormemente su poder de negociación frente a las empresas farmacéuticas. La declaración de Doha sobre derecho a la salud ha incrementado mucho su poder de negociación.

- Las empresas farmacéuticas titulares de las patentes implicadas tienen una importante «opción interna», derivada de que obtienen precios medios más altos mientras dure el sistema actual. Sin embargo, son conscientes de que el logro de un acuerdo duradero es fundamental para su supervivencia, lo que prevalece sobre esa ventaja. La declaración de Doha ha incrementado mucho su incentivo a la negociación pero ha disminuido sensiblemente su poder de negociación.

- Las empresas farmacéuticas titulares de patentes corren un grave riesgo de verse desposeídas de sus derechos exclusivos en los países en que exista una legislación fuerte de protección de la competencia cuando puedan ser declaradas responsables de prácticas anticompetitivas.

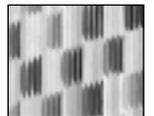
- Los países con protección de patentes que tengan un problema de abastecimiento a precios asequibles para hacer frente a una crisis de salud están interesados en contar con una legislación fuerte de competencia dotada de la posibilidad de dictar medidas cautelares, y en poner en marcha un sistema ágil para su aplicación.

- Los gobiernos de los países desarrollados han asumido en Doha un compromiso muy fuerte para llegar a un acuerdo, del que se ha hecho eco la opinión pública gracias a la actividad de las ONG.

Si las empresas farmacéuticas no logran pronto un acuerdo con los receptores de los medicamentos en los países pobres, los gobiernos de los países desarrollados tendrán que aceptar la negociación, en el marco de la OMC de una solución legal consistente en una modificación de la protección a la exclusividad para el titular de los derechos de patente que podría perjudicar a todos los titulares de derechos y llevar a una situación global más desfavorable a largo plazo, de modo que los resultados para cada uno de los afectados fueran más perjudiciales que si se lograra una negociación exitosa entre los directamente implicados.

Como la posibilidad de este resultado adverso es conocida por todos, existen incentivos importantes a favor de un pacto económico.

Por el momento, no creo que pueda pronosticarse qué opción concreta triunfará, pero creo que en interés de todos sería conveniente que la solución en ADPIC no se disocie de una solución global en la que se involucren todos los implicados, y se combinen las soluciones de los suministros de medicamentos a precio asequible con las de financiación y puesta en marcha de sistemas eficientes de salud, la financiación de investigación sobre medicamentos de particular interés para países con escasos medios económicos, la solución de los problemas de transferencia de tecnología y la puesta en marcha de sistemas de transparencia en la información de los pactos alcanzados, que impidan o al menos dificulten la existencia de casos de corrupción que den al traste con los esfuerzos desplegados.



COLABORACIONES

SECTOR EXTERIOR

2000



COMERCIO MUNDIAL Y TENDENCIAS
DE POLÍTICA COMERCIAL

EL SECTOR EXTERIOR EN ESPAÑA

ESTRUCTURA SECTORIAL DEL COMERCIO EXTERIOR

ESTRUCTURA GEOGRÁFICA DEL SECTOR EXTERIOR

COMERCIO EXTERIOR POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS

LA POLÍTICA COMERCIAL ESPAÑOLA

APÉNDICE ESTADÍSTICO

Evolución histórica. Comercio exterior por sectores. Comercio exterior por áreas geográficas y países. Comercio exterior por comunidades autónomas. Turismo. Balanza de Pagos. Comercio internacional. Competitividad

Información:

Ministerio de Economía. Paseo de la Castellana, 162-Vestíbulo
28071 Madrid - Teléf. 91 349 36 47