Propiedad intelectual sobre obtenciones vegetales: cuestiones en debate.

Por Javier Fernando Núñez ©

Publicado en Revista Jurisprudencia Argentina, Fascículo 8 (2006-I), 22 de febrero de 2006, Buenos Aires, Lexis-Nexis, p. 12.

I. Introducción.

En estos tiempos ha tomado estado público, a través de los medios, una serie de arduas discusiones entre los usuarios de semillas de variedades protegidas al amparo de la ley 20.247, y entre los obtentores, o titulares o licenciatarios, de tales variedades, esencialmente relacionadas con dos cuestiones: 1) la necesidad o la prescindencia de una nueva configuración legal de la denominada *excepción del agricultor* (art. 27 de la ley antes citada), y 2) la validez o invalidez del sistema contractual de regalía extendida al uso propio en cuestión, conforme las condiciones generales de contratación ofertadas al efecto a los agricultores por los obtentores o titulares de las variedades protegidas.

Analizaremos ambas cuestiones a continuación, procurando tomar posición en cada una de ellas.

II. Primera cuestión: necesidad de una nueva configuración legal de la excepción del agricultor[1].

La consideración legal y económica del mejoramiento de *semillas* (entendiéndose a éstas, en su definición jurídico-técnica, como *las estructuras vegetales destinadas a siembra o propagación*[2]), ha variado a

[1] La sección del texto principal que aquí anotamos se sustenta, en lo esencial, en los argumentos que hemos volcado al respecto en nuestras exposiciones bajo títulos "Semillas: ¿precisamos un nuevo marco legal?", Módulo 2 (*El cultivo y la agroindustria: construyendo cadenas de valor*), Congreso *Mundo Soja 2005*, SEMA-CREA-AAPRESID, Buenos Aires, 23 de junio de 2005, y "Excepción del agricultor: ¿es necesaria su reconfiguración?", Congreso *Centro Soja 2005*, Fiesta Nacional de la Semilla – ExpoVenado 2005, Colegio de Ingenieros Agrónomos de Santa Fe (IV Circunscripción), Venado Tuerto, 5 de agosto de 2005.

[2] Cfr. art. 2 inc. a) de la ley 20.247 de Semillas y Creaciones Fitogenéticas. Esta definición "*supone la inclusión de la semilla de origen sexual, así como también* [de]

través de la historia conforme se ha dado la evolución de las innovaciones técnico-productivas aplicables a la agricultura.

La agricultura moderna ha adquirido fisonomía científica[3] a partir del siglo XIX (si bien se inició el proceso correspondiente en el siglo anterior), al que puede denominarse, sin incurrir en equivocación grosera, *la centuria de la agronomía* –entendida ésta, en sentido amplio, como el conjunto de conocimientos aplicables al cultivo de la tierra, derivados de las ciencias exactas, físicas, biológicas y económicas- dado que durante su transcurso se efectuó una inmensa labor de intelectualización de lo productivo rural, a través de escuelas, granjas de experimentación, sociedades agrícolas y periódicos especializados y de divulgación, todo ello tendiente a instruir y formar sobre la razón de la práctica agrícola. De esta forma, todos los progresos, sin excepción, se produjeron bajo la influencia de la ciencia y no del simple empirismo. Tales progresos se orientaron, esencialmente, a la selección de las variedades vegetales con los rendimientos más elevados y mejor adaptadas a las condiciones del medio, al perfeccionamiento del drenaje de los suelos, a la introducción de fertilizantes químicos, herbicidas, fungicidas y pesticidas, y al desarrollo de la mecanización agrícola.

Dentro del contexto antes descripto, el *fitomejoramiento* ha pasado de ser reputado un resultado directo del conocimiento tradicional exclusivamente atribuible al agricultor y a las comunidades rurales, a ser

---

las plantas, estacas, yemas, tubérculos, bulbos, etc., utilizados para la multiplicación" (*Nota de Elevación al Poder Ejecutivo Nacional del Proyecto de Ley de Semillas y Creaciones Fitogenéticas*, Buenos Aires, 30 de marzo de 1973, comentario al Capítulo I del Proyecto, *ADLA*, XXXIII-B, p. 1371).

[3] Se ha expresado respecto a la agricultura que "*la aplicación coherente del método científico la sometió a análisis, como a cualquier otro problema: la diseccionó, separó sus componentes, los estudió uno a uno para comprender su papel en la trama general. Así, por ejemplo, se llegó al convencimiento que era posible cultivar trigo de forma continua (...); de lo innecesario de la cría de animales en la granja, hasta entonces complemento esencial de la explotación; de la posibilidad de incrementar los rendimientos mediante prácticas adecuadas de fertilización o de elección varietal, lo que motivó el desarrollo de la mejora vegetal en el siglo XIX más al nivel privado que al público, etc."* (CUBERO, José Ignacio, *Historia de la biotecnología vegetal* (mimeo), ponencia presentada en las I Jornadas sobre Productos Transgénicos en Agricultura, Universidad de Córdoba (España), 13-15 de noviembre de 2000, p.3. Puede consultarse en <http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/cubero.htm>).

considerado como un conjunto de *tecnologías* (en el sentido de *técnicas y procedimientos que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico*) generadas por profesionales especializados ajenos a la producción como estricta actividad profesional y habitual. Esa evolución supuso por cierto la transformación del agricultor, desde un rol de *productor de conocimientos tradicionales aplicados* a un papel de *usuario de tecnologías de mejoramiento vegetal desarrolladas por terceros.*

Al mismo tiempo, la semilla involucrada en el mejoramiento vegetal, deja de ser el producto del conocimiento tradicional aplicado del agricultor[4], a ser el efecto de un proceso profesional de actividad innovativa o, en menor medida, de descubrimientos científicamente incentivados u organizados, pero en todo caso siempre de ejecuciones de planes de investigación y desarrollo (I+D) por parte de científicos y técnicos especializados -los fitomejoradores- quienes mediante métodos de *breeding* (técnicas de mejoramiento vegetal convencional con base en la recombinación de plantas que poseen en su germoplasma los caracteres relevantes a incorporar en el cultivar a desarrollar) logran obtener una semilla nueva, distinguible, estable y homogénea.

El conjunto de tecnologías de mejoramiento del desempeño o *performance* de la semilla como bien de capital (que como tal debe ser eficaz factor de producción de bienes (frutos o granos), en colaboración con otros factores (esencialmente el trabajo y la tierra) supuso el valor añadido de un activo intangible o bien inmaterial económica y jurídicamente diferenciable del activo físico o tangible que implica la semilla como *cosa*, esto es, como objeto material (arg. art. 2311 del Código Civil). Además, el activo intangible de la tecnología incorporada a la cosa no sólo implica incorporación de valor a ésta última, sino además la posibilidad de *dividir* los beneficios de ese valor entre sus respectivos titulares: el dueño de la semilla-cosa y el propietario de la tecnología incorporada.

---

[4] *"Durante miles de años la producción de nuevas variedades fue consecuencia de la aplicación de lo que hoy se llama en mejora* selección masal *o* selección simple*...entonces era el único método, a base de pura intuición... Fueron miles de años en los que el agricultor seleccionaba sus propias semillas para su propio uso. Esto es, el agricultor era, al mismo tiempo, mejorador y consumidor"* (CUBERO, J.I., *...op.cit.*, p. 2).

Esta diferenciación entre activos físicos e intangibles y la clara posibilidad de atribución diferenciada de propiedad es lo que ha dado origen a derechos intelectuales tales como las patentes de invención, los derechos de autor y las marcas, y resulta plenamente aplicable a la cuestión que ahora nos atañe. Precisamente tal posibilidad de aplicación dio origen a un nuevo instituto de propiedad intelectual: *los derechos de obtentor sobre variedades vegetales*, sobre cuyo reconocimiento y configuración jurídicos ha tenido enorme responsabilidad la Unión para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), organismo internacional con sede en Ginebra, Suiza, a través de la Convención Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales del 2 de diciembre de 1961, y sus revisiones del 10 de noviembre de 1972, 23 de octubre de 1978 (Acta UPOV 1978)[5] y del 19 de marzo de 1991 (Acta UPOV 1991)[6], y de su incesante labor técnica y pedagógica sobre el campo del fitomejoramiento convencional.

Todo lo antedicho no siempre es adecuadamente interpretado por parte de los usuarios de la tecnología, los productores de grano. A través de los años se ha comprendido, quizá, la diferencia entre la semilla como bien de capital o al menos de uso, y el grano generado como bien de cambio o mercadería. Lo que aún no ha logrado asumirse del todo es, en cambio, la divisibilidad plena entre la propiedad de la semilla como cosa mueble (derecho real de dominio) y la de la tecnología incorporada como bien inmaterial diferenciado (derecho de propiedad intelectual o industrial, sea de obtentor o, en determinados casos, de patente de invención). Y parte de la reticencia a reconocer esta cuestión se encuentra también en la idea desafortunadamente distorsionada que algunos agentes productivos poseen sobre el real alcance del conocimiento tradicional del agricultor en los procesos actuales de I+D de variedades vegetales.

---

[5] Aprobada en nuestro país por ley 24.376 (B.O., 25/10/1994; *ADLA*, LIV-D, p.4376).

[6] La República Argentina no ha aprobado esta versión del Convenio UPOV. Puede consultarse su texto, en idioma inglés, en <http://www.upov.org/en/publications/list_publications.htm>. Australia, un país de caraterísticas similares a la Argentina en cuanto al dinamismo de su agricultura y al conocimiento fitotécnico desarrollado por sus expertos, ha adoptado el Acta 1991. Ver listado de miembros de UPOV, así como el Acta adoptada, en <http://www.upov.org/en/about/members/index.htm>.

La reivindicación de tal conocimiento tradicional suele ser la fundamentación de juicios tales como la defensa a ultranza de un uso propio gratuito, y lo más amplio posible, sobre semilla reservada resultante de la cosecha de simiente de variedades tuteladas, precisamente como reconocimiento histórico al influjo cualitativo del aporte "ancestral" de los agricultores al mejoramiento de la genética de semillas[7], cuando en realidad esa noción ya deviene obsoleta en el siglo XIX, esto es, cuando el agricultor deja de ser mejorador, y el uso propio subsiste así como una excepción favorecedora, por razones humanitarias y no económicas, de pequeños labradores practicantes de una agricultura de subsistencia (como aún sucede en algunas partes del continente africano e incluso del asiático) o de pequeña escala, no justificándose luego tal amplitud y gratuidad en el caso de los modernos y competitivos productores de la agricultura comercial y tecnificada -existente en los continentes americano y europeo y en el subcontinente australiano- ya ajena a la condición de pura actividad primaria y ascendida a la calidad de *agroindustria*.

En el caso concreto de nuestra República, en la cual no existe prácticamente agricultura de subsistencia o en pequeña escala en el caso de variedades autógamas[8] (es decir, aquéllas que, como la soja o el trigo, se autofecundan) o de otros cultivos económicamente relevantes, la

---

[7] El aporte ancestral e intuitivo ha sido definitivamente superado por el moderno aporte de los procesos de I + D en fitotecnia, y las variedades modernas son claramente diferentes de las tradicionales. A pesar de ello, se ha sostenido que "*la reserva y uso de semilla propia por el agricultor es una cuestión central en el sistema de propiedad intelectual de obtenciones vegetales, desde su inicio...y obedece a profundas y arraigadas razones. Es que la semilla milenariamente estuvo bajo el control y selección del agricultor, para quien es al mismo tiempo producto y medio de producción"* (CASELLA, Aldo P., *Los "derechos del agricultor" y el rol del Estado,* en FEDERACIÓN AGRARIA ARGENTINA, *Patentamiento y Regalías en semillas: un país que resigna soberanía – Accionar y posición de Federación Agraria Argentina,* Rosario (Tekhne Imp.), 2005, pp. 110-111). Nos vemos obligados a discrepar con esta postura. La cuestión central de los derechos de obtentor es la tutela de la propiedad intelectual de los mejoradores, y no una limitación de índole privada (renunciable por la parte beneficiaria) a tales derechos.

[8] Para mayores precisiones técnicas sobre la autogamia como tipo de propagación sexual en plantas, ver UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA, Grupo de Investigación en Genética y Microbiología (Departamento de Producción Agraria), *Modos de Reproducción* (mimeo), "Genética y Mejora", Pamplona, 2005, p. 2. Puede consultarse en <http://www.unavarra.es/genmic/genetica%20y%20mejora/apomixis.htm>.

justificación de un uso propio gratuito e irrestricto tropieza con la realidad económica del sector.

Es por ello que, en nuestro país, el reforzamiento de los derechos de obtentor en lo atinente a la excepción del agricultor, responde a la necesidad de tutelar los derechos del fitomejorador frente a los abusos derivados de un uso propio encaramado en una concepción ya obsoleta de la agricultura y del rol del agricultor en el mejoramiento vegetal, consecuencia de lo cual la configuración amplia de dicho uso pretextando un supuesto amparo de la ley argentina 20.247 sobre semillas y creaciones fitogenéticas,[9] se torna extemporánea ante la actual falta de causalidad inmediata y relevante entre el conocimiento rural tradicional y las modernas tecnologías de *breeding*, y el paso de la agricultura de subsistencia y/o de pequeña escala a la agricultura moderna de carácter comercial-intensivo y de alta o mediana tecnificación.

No es ocioso recordar que, precisamente, la ley 20.247, de la que se pretende deducir la amplitud de uso propio arriba cuestionada, estuvo siempre orientada en esta materia a lograr *"una mayor actividad fitomejoradora privada"*, lo que el Estado Nacional procuraría, entre otros medios *"garantizando al fitomejorador derechos de propiedad sobre su creación o descubrimiento, de forma tal que ninguna otra persona pueda reproducir o vender la misma sin su autorización...*[ello] *supone otorgar el derecho de propiedad sobre vegetales, nuevos cultivares, por un período determinado relativamente limitado. Permitirá al creador obtener de su propiedad ganancias que le resarzan de su esfuerzo y le proporcionen beneficios en la medida principal de los valores reales del nuevo cultivar obtenido".*[10]

Dentro del debido contexto de máxima tutela al derecho del obtentor que ha inspirado la sanción de la ley *sub examine*, el art. 27 de dicho cuerpo legal, en su parte pertinente, especifica que no lesionará el derecho de propiedad sobre un cultivar quien reserve y siembre semilla para su propio uso. La regla que data de principios de la década del '70, y que resulta más o menos contemporánea del paradigma jurídico que daría lugar

---

[9] B.O.16/4/1973.
[10] *Nota de Elevación ..., op.cit.*, comentario al Capítulo V del Proyecto, *ADLA*, XXXIII-B, p. 1374.

al Acta UPOV 1978, ya resultaba anticuada para tal paradigma, desde el momento en que la República Argentina pasó de un mejoramiento vegetal con sustento en conocimiento tradicional al mejoramiento vegetal profesional ya en los principios del siglo XX. El art. 5.1. del Acta UPOV 1978 implícitamente daba lugar a la consagración normativa de la excepción del agricultor, al disponer que se requeriría la autorización previa del obtentor para "*la producción con fines comerciales*" del material de reproducción o de multiplicación vegetativa, en su calidad de tal, de la variedad. *A contrario sensu*, se interpretó que el recosechar el material en el ámbito de la propia explotación del agricultor (entendiéndose ello como carente de fin comercial), parecía quedar fuera del *ius excluendi* o derecho de exclusiva del obtentor. Pero debe aclararse que, de acuerdo a los alcances del art. 5.4. en cuestión (*standard* mínimo de protección de los derechos de obtentor), la propia Acta UPOV 1978 dejaba libertad a los Estados miembros de ampliar la protección de acuerdo a su desarrollo en materia de tecnología vegetal y, consecuentemente, de eliminar el uso propio.

La República Argentina, a pesar de su desarrollo probado en materia de fitomejoramiento profesional, y de su condición de país productor agrícola de carácter comercial-intensivo, no limitó la amplitud del uso propio fijado en la regla-base del art. 27 de la ley de Semillas (que por cierto requería de una adecuada reglamentación), y no analizó con la profundidad debida las posibles consecuencias de ello en la I+D en materia de variedades vegetales.

Esta configuración amplia del uso propio, que como dijimos resultaba ya anacrónica en las décadas de los años '70 y '80, se transformó – por acumulación de los efectos negativos no previstos y efectivamente acontecidos en las referidas décadas- en seriamente lesiva de los derechos del obtentor en los años '90, no sólo en nuestro ámbito local, sino en el plano internacional. Fue por ello que el Acta UPOV 1991, en su art. 14.1.a).i), extendió el derecho de exclusiva del obtentor con respecto al material de reproducción o de multiplicación de la variedad protegida a toda "*producción o ... reproducción (multiplicación)*" en general, sin el añadido de la "finalidad comercial", con lo que cualquier uso propio autorizado debe ser restrictivamente interpretado.

Nótese además que el Acta UPOV 1991 consagra a la excepción del agricultor como *meramente facultativa*, pudiendo cada parte contratante de la Convención eliminar la excepción o circunscribir sus alcances dentro de límites razonables y a reserva de la salvaguardia de los intereses legítimos del obtentor (arg. art. 15.2 del Acta UPOV 1991).

En los años '90, y si bien la República Argentina no había adherido al Acta UPOV 1991 (lo que se mantiene hasta el presente), el decreto reglamentario 2183/1991[11] de la ley 20.247 (ya elaborado dentro del paradigma jurídico que dio origen a UPOV 1991)[12] estableció en su art. 41.a) el mismo alcance sobre el *ius excluendi*, respecto a la producción o reproducción de la variedad tutelada, que el art. 14.1.a.i) de UPOV 1991, con lo que la excepción del agricultor dejó de poseer en nuestro país su amplitud original, al menos desde el punto de vista estrictamente normativo.

Precisamente la Resolución INASE 35/1996[13] y su complementaria la Resolución INASE 52/2003[14] regulan puntualmente la excepción del agricultor con un adecuado criterio restrictivo, aunque sin hacer referencia alguna a gratuidad u onerosidad del uso propio, conforme el espíritu de la norma reglamentada, que deja ello librado a la autonomía de la voluntad contractual[15] (tal como sucede actualmente con el régimen

---

[11] B.O., 1/11/1991.

[12] Precisamente, el Considerando 4º del decreto 2183/1991 aclara que "*dicha reglamentación debe adecuarse a los acuerdos y normas internacionales que aseguren un efectivo resguardo de la propiedad intelectual, para brindar la seguridad jurídica necesaria para el incremento de las inversiones en el área de semillas*", expresando a su vez el considerando inmediatamente posterior que "*tal adecuación redundará en mayores alicientes para la obtención y comercialización de nuevas variedades de simiente, garantizando a los agricultores un insumo básico de alta calidad para la producción agrícola, en conjunción con reglas transparentes para el desarrollo del mercado de semillas nacional*".

[13] B.O., 14/3/1996.

[14] B.O., 21/7/2003.

[15] Las relaciones obtentor–agricultor/usuario de la tecnología vegetal no involucran el orden público no disponible por las partes en materia contractual, ni siquiera en el caso del uso propio, tal como acontece en otros institutos de propiedad intelectual e industrial. Véase que la ley 20.247, respecto a la fijación de retribuciones o regalías, se sustenta en que "*el precio de venta ... o el porcentaje sobre el precio de venta, se fijará libremente entre el dueño del título de propiedad y el usuario del cultivar (semillero o*

de regalías extendidas, que analizaremos en otra sección de este artículo) por cuanto la problemática de las compensaciones económicas por el uso y goce de la tecnología tutelada es un ámbito ajeno a las potestades reglamentarias del INASE, y propio en realidad de la justicia en su evaluación de la validez o invalidez de cada contrato concreto[16].

Además, debe destacarse al respecto que la excepción al derecho de exclusiva del obtentor no implica necesariamente gratuidad del uso amparado por la excepción, con lo que no se desnaturaliza la exención por la percepción, por parte del obtentor, de una regalía extendida al uso propio a abonar por el productor.

Véase, por ejemplo, la experiencia de la Unión Europea en la materia. El art. 14.1. del Reglamento CE Nro. 2100/94 del Consejo de fecha 27 de julio de 1994, relativo a la Protección Comunitaria de las Obtenciones Vegetales,[17] instituyó, frente al principio general del *ius excluendi* del obtentor, un uso propio de obtenciones vegetales bajo protección comunitaria, limitado únicamente a ciertas especies (entre ellas, alfalfa, avena, centeno, trigo, papa, colza, etc.), y en donde se admitió claramente que, salvo los denominados "pequeños agricultores", los productores "*... estarán obligados a pagar al titular una remuneración justa, que será apreciablemente menor que la cantidad que se cobre por la producción bajo licencia de material de propagación de la misma variedad en la misma zona*" (art. 14.3., parte pertinente). Se consideran pequeños agricultores, para el caso de las especies respecto a las cuales se autoriza el uso propio y a las que se aplica el sistema de ayudas para productores de determinados cultivos herbáceos, a aquellos productores que no cultiven plantas en una superficie superior a la que sería necesaria para producir 92 toneladas de cereales; y en el caso de otras especies vegetales también autorizadas, a los agricultores que respondan a criterios comparables adecuados.

---

productor)...El sistema es simple y semejante al existente en el país para la propiedad intelectual y la propiedad industrial sobre inventos" (*Nota de Elevación ...*, op.cit., p. 1374).

[16] Los problemas que se suscitan sobre el particular, entre el obtentor o titular de la variedad y el usuario, "*deberán dilucidarse ante la justicia federal"* (*Nota de Elevación ...*, op.cit., p. 1374).

[17] DO L 227 del 1/9/1994, p.1.

La Unión Europea, en la que no podría admitirse actualmente la presencia de focos de agricultura de subsistencia, ha utilizado y utiliza el uso propio gratuito como una forma de promoción o incentivo a pequeños productores, pero la naturaleza excepcional de la gratuidad no hace más que reforzar el principio general de la obligación de pago de compensación por el uso propio por parte de la gran mayoría de los agricultores.

Nosotros creemos, a fin de dotar de mayor seguridad jurídica a la tutela de los derechos de obtentor en esta materia, que debería consagrarse expresamente en la ley de semillas 20.247 un régimen de *uso propio oneroso*, con sustento en los principios del actual régimen contractual de las regalías extendidas, como regla legal general, admitiéndose el uso propio gratuito sólo en circunstancias excepcionales, tal como sucede en la Unión Europea con el *standard* de los pequeños productores (aunque, dadas las características de la producción agrícola argentina, es probable que no se dieran con tanta facilidad los supuestos de excepción que podrían dar lugar a la gratuidad (pequeña escala o subsistencia), al menos en el caso de variedades autógamas como la soja o el trigo)[18].

Los alcances de esta nueva configuración del uso propio, debería contemplar el debido equilibrio entre los intereses legítimos de los obtentores y los objetivos nacionales de salvaguarda de la producción agrícola (arg. art. 14.1. del Reglamento CE Nro. 2100/94 del Consejo).

La actualidad de la discusión que se ha producido sobre la cuestión demuestra que los actores del sector económico interesado están plenamente concientes del anacronismo que supone un uso propio amplio y gratuito que, por otra parte, se ha ejercido en Argentina en volumen y tiempo ilimitados, con el consecuente abuso de derecho que esto ha

[18] No se justificaría así, dadas las características de la agricultura argentina, alejada de la pequeña escala – al menos en el caso de la soja y el trigo-, un sistema como el oportunamente sugerido por la Sociedad Rural Argentina, por el cual se contemple *"un uso propio gratuito del 10% de la superficie sembrada, tanto de la semilla fiscalizada como en el uso propio, con una base mínima no imponible de 10 toneladas de semilla, para la totalidad de los productores"* y un uso propio oneroso *"para las nuevas variedades a ser registradas ante el INASE a partir del 1ro. de enero de 2005 ... respetándose los contratos vigentes"*. (SOCIEDAD RURAL ARGENTINA, Comunicado de Prensa: *"Regalías: posición de la Sociedad Rural Argentina"*, Buenos Aires, 14 de diciembre de 2004; puede consultarse en <http://www.sra.org.ar> (fecha de acceso: 10/11/05). Ello, por supuesto, con plena conciencia del carácter positivo de esta propuesta insuficiente, que reconoce la pertinencia y necesidad del uso propio oneroso.

implicado. Y ello con el condimento adicional del grave contexto de ilegalidad que nuestro país enfrenta en el mercado local de semillas.

La propia Resolución INASE 52/2003 exhibe en sus considerandos la preocupación de la autoridad administrativa respecto al abuso del uso propio (que importa un ejercicio irregular de derecho en los términos del art. 1071 del Código Civil), cuando, con apoyo en el informe de la Dirección de Certificación y Control del Instituto, de fecha 14/5/2003, advierte que "*...el agricultor intensificó la preparación de semilla en su propio campo y hoy es un hecho generalizado en especies autógamas la multiplicación de semillas por parte de los productores y la existencia de semilla en los campos, que integran los circuitos de entrega de semilla comercial*" , manifestándose particularmente esta situación, "*no sólo en trigo y en soja, sino también en algodón*". Finalmente, "*el 75 u 80% de la semilla no fiscalizada ya no se encuentra como bolsa blanca (semilla ilegal) en galpones comerciales para su venta o entrega, sino que está depositada en los campos confundida con el uso propio real que también fue adquiriendo proporciones importantes*".

Es claro que el mercado ilegal de semillas, en parte motivado o agravado por el abuso o ejercicio irregular del uso propio[19], no sólo implica la violación sistemática de los derechos de propiedad de los obtentores de ciertas especies, afectándose así toda la I + D en mejoramiento vegetal, sino que además afecta la entrega al productor de semilla con calidad e identidad garantizadas, provoca una injusta desigualdad entre productores ilegales y agricultores que respetan las normas, y coloca a la comunidad agrícola en una situación de indisponibilidad de variedades que implicarán en un futuro próximo un avance para la producción nacional.

---

[19] Tal abuso tiene su origen no sólo en la amplitud del actual régimen, sino en su clara imprecisión. En la práctica, por ejemplo, se plantea "*el problema de la calificación de un determinado material como* semilla *o como* grano. *Dado que la ley no se aplica a éste último, la fiscalización y ulterior persecución de infracciones se debilita en la medida que determinados materiales puedan ser manipulados como* granos *y excluidos, por tanto, del régimen de protección. Dado que ellos no se diferencian sino por su destino, mientras éste no se concrete, el material puede ser utilizado como simiente. El régimen vigente no permite resolver este problema*" (CORREA, Carlos M., *Observancia de la propiedad intelectual de las variedades vegetales en la Argentina,* La Ley, Tomo 1995-D, p. 1073). Es el problema que se aprecia, precisamente, en el caso de la soja o del trigo.

Por eso es de vital importancia la consagración legislativa de un régimen de uso propio oneroso con posibilidad de uso propio gratuito sólo ante supuestos de agricultura de subsistencia o de pequeña escala. Ello, además, a fin de despejar cualquier duda sobre la validez o invalidez de sistemas contractuales de percepción de retribuciones por tal uso, tal como acontece con el régimen de regalías extendidas utilizado actualmente en el mercado semillero, cuestión que analizaremos a continuación.

III. Segunda cuestión: el sistema contractual de las regalías extendidas al uso propio.

La excepción del agricultor consagrada en el art. 27 de la ley 20.247 es una limitación "de índole privada" al derecho de propiedad de los obtentores de nuevos cultivares. En tal sentido, "*la ley prevé cuatro excepciones al derecho del creador, tres de índole privada y una de interés público. Ellas son: la del fitomejorador, la del agricultor, la del uso o venta del producto obtenido del cultivar como materia prima o alimento y la declaración de utilidad pública del cultivar, por parte del Poder Ejecutivo Nacional, cuando sea necesario asegurar una adecuada suplencia en el país del producto obtenible de su cultivo, en cantidad y precio, previando el otorgamiento de licencias obligatorias*".[20]

Precisamente, su índole privada, relacionada con cuestiones estrictamente patrimoniales, hace que la excepción pueda ser limitada o aún renunciada a través de expresas disposiciones contractuales. En tal sentido, se ha expresado que "*aún cuando fuera aplicable la ley 20.247 a los aspectos de propiedad intelectual de regalía extendida, la excepción del agricultor es disponible*".[21]

---

[20] CASCARDO, Renata – GIANNI, Carmen – PIANA, José A., *Variedades Vegetales en Argentina*, Buenos Aires, 1998, Latin Gráfica (imp.), p.78. El uso o venta del producto obtenido de la cosecha del cultivar como materia prima o alimento, más que una limitación implicaría, en puridad, un *agotamiento* del derecho del obtentor.

[21] De APELLANIZ O'FARRELL, Ignacio, *Multiplicación y transferencia de tecnología en genética vegetal – análisis de la ley 20.247 y artículos 1144 y 1146 del Código Civil*, La Ley, tomo 2004-D, p. 1342.

En tal orden de ideas, el artículo 21 del Código Civil expresa que "*las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres*".

La noción de *orden público*, ligada a "*un conjunto de ideas, sociales, políticas, morales, económicas, religiosas a veces, a cuya conservación una sociedad cree ligada su existencia*"[22], no parece estar vinculada a la excepción del agricultor, especialmente en su configuración gratuita e irrestricta, desde el momento en que el sector agrícola argentino no se encuentra en crisis, es altamente competitivo, superavitario y generador de grandes excedentes exportables (piénsese en el caso de la soja, por ejemplo), y no se vislumbra afectación alguna a interés nacional superior en la obligación de las empresas agropecuarias de pagar por los beneficios que obtienen del conocimiento técnico generado por otros.[23]

Hechas las aclaraciones precedentes, entendemos que, más allá de la necesidad de consagrar expresamente en la ley un sistema de uso propio oneroso como principio general, a fin de hacerlo oponible *erga omnes*, lo cierto es que resultan válidos y obligatorios, *inter partes*[24], los contratos por los cuales los obtentores o titulares de variedades y los

---

[22] Siguiendo a Baudry-Lacantinerie, LAVALLE COBO, Jorge E., en BELLUSCIO, Augusto C. (Dir.) – ZANNONI, Eduardo A. (Coord.), *Código Civil y Leyes Complementarias – Comentado, Anotado y Concordado,* tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 104.

[23] Es por tales razones que debemos disentir, respetuosamente, con la argumentación por la cual "*se nos presenta como indudable que aquí existe un interés público, un orden público, que hace indisponible el derecho de resiembra que posee el productor agropecuario*" (ALVAREZ LARRONDO, Federico M., *Las regalías extendidas. Su invalidez en el régimen legal argentino (conclusión)*, La Ley Actualidad, ejemplar del 1º de noviembre de 2005, p. 3).

[24] Se ha puntualizado en relación a ello que "*el contrato tiene efectos entre partes; no perjudica ni beneficia a terceros (*res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse postest)... *El contrato genera un orden normativo del que resulta que se establece una determinada relación jurídica entre ciertas personas o que dicha relación se extingue, se transfiere o se modifica. Los titulares de esa relación jurídica son los destinatarios del efecto* directo... *Obtenido ese efecto, todos están obligados a respetarlo y a obrar en consecuencia, y todos pueden invocarlo como existente. En este sentido, todo el mundo es destinatario* indirecto *del contrato*" (LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos – Parte general*, V.P. de Zavalía (Ed.), Buenos Aires, 1984, p. 303).

agricultores fijan el pago de una regalía como retribución por el uso propio autorizado por el art. 27 de la ley 20.247. En tal tesitura, sería incluso válida la renuncia del agricultor al uso propio en sí.

El denominado *régimen contractual de regalías extendidas* es, precisamente, una modalidad que fija retribución por el uso propio. Procuraremos describir tal modalidad de acuerdo a sus contenidos más usuales en el mercado[25], advirtiendo que cada semillero suele ajustarlos a sus particularidades empresariales:

a) Al momento de lanzamiento de una variedad incluida en el sistema de regalía extendida, el obtentor o titular define las condiciones de uso y comercialización de aquélla, incluida una retribución o regalía por el uso propio de semilla en los términos del artículo 27 de la ley 20.247.

b) El agricultor, cuando adquiere la semilla de la variedad en cuestión, acepta las condiciones de uso y goce de dicha semilla, incluida la retribución por uso propio ("regalía extendida"). El contrato así celebrado entre el obtentor o titular y el usuario de la variedad se renueva con cada nueva multiplicación y uso de dicha variedad para propia siembra, cualquiera sea su origen. El pago de la regalía se realiza, solamente, sobre la base de la semilla efectivamente sembrada.

c) La Asociación Civil ARPOV, que defiende los derechos del obtentor, coordina y facilita el funcionamiento administrativo del sistema, actuando como único interlocutor entre los productores y los obtentores o titulares, y supervisa la gestión operativa del referido sistema, el que ha sido delegado en la actualidad en una firma especializada.

d) Al finalizar la cosecha, el productor deberá informar con carácter de declaración jurada (sea al obtentor o titular, sea a la firma delegataria de la

---

[25] Nos basamos aquí en el texto *Regalía extendida – bases del sistema,* publicado por la Asociación Argentina de Protección de los Obtenciones Vegetales (ARPOV), en su sitio *web* <*http:www.arpov.org.ar*> (fecha de consulta: 8/11/2005). Dicha Asociación, constituida el 10 de diciembre de 1990, es una entidad de bien público sin fines de lucro, destinada, entre otros fines no menos trascendentales a "*proteger los derechos del obtentor a fin de asegurar el cumplimiento de las leyes relacionadas con la compensación y/o retribución por sus creaciones y la correcta ejecución de licencias"* (art.2º del Estatuto Social de la Asociación, según versión publicada en <*http://www.arpov.org.ar*>; fecha de consulta: 8/11/2005).

gestión operativa del sistema) la cantidad de kilogramos de semilla obtenidos, acondicionados y reservados para uso propio, así como la indicación puntual del lugar de almacenamiento. En caso de no efectuarse la reserva, el productor deberá igualmente informar el destino que le ha dado a la misma.

e) A la siembra, el productor deberá entregar un detalle de los kilogramos de semilla efectivamente sembrados. La facturación de la regalía extendida se hace con sustento en la información sobre la semilla sembrada por el productor informante bajo uso propio. La declaración en cuestión, debe coincidir con la semilla certificada adquirida y el productor debe poseer en su poder las facturas acreditantes de la compra respectiva.

f) El pago de la regalía extendida no da derecho al productor a vender semilla (esto es, *material de propagación*) y/o canjearla o permutarla con otros productores, acopiadores, etc., ni aportarla a *pools* de siembra.

La mayor parte de los semilleros apelan a la oferta pública en firme de las condiciones de uso y goce de sus derechos de obtentor para fijar las reglas sobre regalías extendidas[26], ello inicialmente con justificación en las expresas prescripciones del artículo 42 del decreto 2183/1991 que, en su primer párrafo, aclara que el obtentor podrá subordinar su autorización al uso y goce de la variedad de su creación o titularidad, "*a las condiciones que él mismo defina, por ejemplo, control de calidad, inspección de lotes, volumen de producción,* ***porcentaje de regalías,*** *plazos, autorización para sublicenciar, etc."*(lo destacado en negritas es nuestro), y que tal autorización "*en caso de que un obtentor* ***hiciera oferta pública en firme de licenciamiento,*** *se presumirá que quienquiera realizase alguno de los actos enunciados en el artículo precedente* [art. 41], *habrá conferido su aceptación"* (lo enfatizado es nuestro).

[26] El sistema de regalías extendidas "*lleva cinco años de implementado y fue suscripto por 14 empresas de la industria semillera, incluyendo a la fecha* [mayo de 2005] *36 variedades de trigo y 102 variedades de soja"* (ARPOV, *Sistema de Regalía Extendida,* Comunicado de Prensa, Buenos Aires, 6 de mayo de 2005. Sus texto puede consultarse en <*http://www.arpov.org.ar*>).

Ahora bien: estas ofertas en firme, habilitadas por el régimen específico, deben cumplir con ciertos requisitos exigidos por la legislación general.

De conformidad al Código Civil (cuyas reglas son aplicables a los negocios mercantiles, conforme lo reglado por el art. 207 del Cód. de Comercio), existe promesa u oferta vinculante cuando la declaración de voluntad del oferente o promitente es dirigida a "*persona o personas determinadas sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos*" (art. 1148 del Código Civil).

En relación a las compraventas mercantiles, por su parte, el Código de Comercio, en el art. 454, afirma que "*las ofertas indeterminadas, contenidas en un prospecto o en una circular, no obligan al que las hecho*". De este modo, dentro de la concepción clásica contractual, una oferta que no posea todos los antecedentes constitutivos de los contratos, y no vaya dirigida a persona determinada o personas determinadas, no será considerada como la declaración de voluntad tendiente a ser aceptada y, consecuentemente, a generar un contrato celebrado. No pasará de ser, **una mera invitación a ofertar.**

Ahora bien: si la propuesta por medio masivo de comunicación (periódicos y revistas, televisión, radio, etc.) presenta todos los antecedentes constitutivos del contrato (precio, características de las cosas o prestación a cumplir, plazo y condiciones de ejecución o entrega, etc.) y es dirigida a personas determinadas, **pues entonces podría ser reputada como una oferta vinculante** (la cual puede ser sometida a un plazo que limite ese compromiso).

El problema radica es saber qué entiende la ley por persona determinada. Vélez Sársfield, redactor del Código Civil, en la nota explicativa al art. 1148 del Código Civil, ejemplifica que "*cuando una persona ofrece una recompensa al que le restituyese una suma perdida, o se ofrece un premio por un descubrimiento útil, o cuando en un remate se ofrece una cosa por un precio cierto, la indeterminación que se presenta es*

sólo en el tiempo en que el contrato se prepara y no en el tiempo mismo en que el contrato se concluye. Entonces, ya hay una persona determinada".[27]

Por ejemplo, si una empresa semillera oferta a los productores agropecuarios las condiciones de uso y goce de su variedad o variedades, incluido el régimen de regalías extendidas a abonar por el uso propio, con todos los antecedentes constitutivos del contrato en etapa de preparación, y manifiesta en su anuncio que es una oferta válida por el plazo de *x* días a partir de su publicación, podría afirmarse que al momento de presentarse el productor agropecuario, **aceptando la oferta, habría conclusión de contrato con persona determinada.**

Los usos y costumbres que se observan en el mercado de venta de semillas nos revelan que el sistema bajo análisis es optimizado por los semilleros mediante la utilización de un formulario anexo al remito de entrega de mercadería dirigido al criadero en el que el usuario suscribe y acepta las condiciones generales de contratación publicadas en la oferta pública, o mediante la pre-impresión de las condiciones en el reverso de la factura o el remito, con posterior firma de conformidad y aceptación de todos los contenidos por parte del comprador o persona autorizada expresamente por éste para suscribir la aceptación, asimismo al momento de entrega efectiva de la mercadería. También suelen colocarse las condiciones en lugar ampliamente visible de los envoltorios o *packaging* de las semillas a vender, aclarándose al comprador que la adquisición y uso de la semilla empacada supondrá la aceptación de las condiciones contractuales en cuestión (este último supuesto está expresamente aceptado por el art. 42 segundo párrafo del decreto 2183/1991, desde el momento en que la realización por el agricultor del acto de adquisición o uso de la semilla implicará que "*habrá conferido su aceptación"*[28]).

---

[27] "*Puede ocurrir que la persona o personas quede provisionalmente indeterminada, como ocurre en los casos de mercaderías que un comerciante ofrece en venta, de cosas que se venden en remate públicos, etcétera: la indeterminación es aquí provisional y dura sólo mientras se prepara el contrato"* (SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino – Fuentes de las obligaciones* (act. A. Acuña Anzorena), tomo I, TEA, Buenos Aires, 1950, p. 62).

[28] En sentido concordante, el art. 1146 del Código Civil especifica que el consentimiento tácito se presumirá si "*una de las partes hiciere lo que no hubiera hecho, o no hiciere lo que hubiera hecho si su intención fuese no aceptar la propuesta u oferta"*.

Finalmente, no obsta a la validez de este sistema contractual su condición de contrato por adhesión. En tal sentido, el derecho judicial tiene dicho que si bien en la especie una de las partes fija todas las condiciones y la otra sólo tiene la alternativa de rechazar o consentir, tal circunstancia, que impide la discusión de las condiciones, no elimina el acuerdo de voluntades, porque la esencia del contrato no es la discusión, sino que las partes coincidan en la oferta y la aceptación, es decir, en la declaración de voluntad común.[29]

IV. Conclusión.-

Una equitativa reconfiguración de la "excepción del agricultor" que consagre como principio general el *uso propio oneroso*[30], con base en el actual sistema contractual de las regalías extendidas (válido y obligatorio, por cierto, *inter partes* (arg. arts. 1197, 1199 y ccs. del Código Civil), a la luz de las disposiciones generales de derecho privado), y que circunscriba el uso propio gratuito a supuestos de agricultura de subsistencia o de pequeña escala, contribuirá, a través de una adecuada protección y observancia de los derechos de obtentor[31], a la promoción en nuestro país de la innovación tecnológica en materia de variedades vegetales, y a la

[29] Arg. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, 2 de diciembre de 1993 – *Elio Cavallaro S.A. c. Empresa Ferrocarriles Argentinos;* La Ley, tomo 1994-E, p. 352. La adhesión como modalidad de prestación del consentimiento no es mala en sí misma *"ya que es sólo una forma instrumental que permite al consumidor acceder a un bien que de otra forma no estaría a su alcance"* (CAIVANO, Roque J. – ZUCCHERINO, Daniel R., *El contrato por adhesión. Sustrato y perspectivas;* La Ley, 1994-E, p. 355).

[30] La propia ARPOV ha sostenido públicamente, en forma conjunta con la Asociación de Semilleros Argentinos (A.S.A.), la necesidad de establecer el uso propio oneroso, y la consideración del uso propio gratuito sólo en el caso de agricultores de subsistencia inscriptos en un registro del INASE (ver ARPOV-ASA, Comunicados de Prensa "*La industria semillera y su aporte a la solución"*, Buenos Aires, 6 de julio de 2005, y "*La Industria semillera ratifica su aporte a la solución"*, Buenos Aires, 4 de octubre de 2005; sus textos pueden consultarse en <*http://www.arpov.org.ar*>).

[31] La Declaración Ministerial 01 (VI-2005) del Consejo Agropecuario del Sur (formado por los Ministros de Agricultura de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay), emitida con fecha 29 de abril de 2005 en Asunción, ha reafirmado "*su convicción de que la tecnología y sus nuevos desarrollos deben tener retribución justa y adecuada"* (considerando 1º).

transferencia y difusión de tal tecnología, lo que redundará en beneficio recíproco de los productores y los usuarios de los conocimientos tecnológicos.

Ello deberá plasmarse, claro está, de modo que se favorezca el bienestar social y económico de la República y el equilibrio de derechos y obligaciones de los actores interesados, todo ello de acuerdo al gran objetivo consagrado en el art. 7º del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), Anexo del Acuerdo de Marrakech del 15 de abril de 1994 por el cual se estableció la Organización Mundial de Comercio.

©Javier Fernando Núñez
Noviembre de 2005. Derechos Reservados Ley 11.723.