

Voces: LEY DE SEMILLAS Y CREACIONES FITOGENETICAS ~ AGRICULTURA ~ SEMILLA ~ PROPIEDAD INTELECTUAL ~ PRODUCTO AGROPECUARIO ~ COMERCIALIZACION DE SEMILLAS

Título: La ley de semillas. Gobernar es sembrar

Autor: Sánchez Herrero, Andrés

Publicado en: LA LEY2009-E, 939

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Titularidad del derecho. 3. La novedad. 4. La estabilidad y la protección de los híbridos. 5. El contenido del DOV. 6. Licencias. 7. Licencias obligatoria. 8. Poderes sobre el producto de la cosecha. 9. Poderes sobre variedades dependientes. 10. Poderes sobre variedades cuya producción requiere el uso repetido de la variedad protegida. 11. Poderes sobre variedades esencialmente derivadas. 12. Agotamiento del derecho. 13. Duración del derecho. 14. Protección provisional. 15. La excepción del fitomejorador. 16. Excepción del agricultor. 17. Sociedad de gestión colectiva. 18. Sanciones. 19. Daños y perjuicios. 20. Procedimiento de concesión. 21. La prioridad internacional. 22. Nulidad. 23. Etcétera. 24. Conclusión.

Abstract: "El autor analiza el régimen de la propiedad intelectual sobre variedades vegetales, conformado por el Convenio UPOV 1978, la Ley 20.247 y normas reglamentarias. Concluye que, por las severas deficiencias que presenta, la ley 20.247 debe ser modificada o, preferiblemente, reemplazada por una nueva ley, a los efectos de ajustar el derecho argentino a los estándares mínimos fijados de los tratados internacionales sobre la materia, en consonancia con lo que es la tendencia en la legislación comparada".

1. Introducción

En la sociedad del conocimiento, postcapitalista o postindustrial, el activo más importante es, precisamente, el conocimiento. Y el derecho cuenta con un sistema específico que tiende a incentivar el desarrollo científico y tecnológico: el régimen de la propiedad intelectual. Este impulso se realiza, en particular, con las leyes de patentes. Sin embargo, hay un sector tecnológico que, por sus peculiaridades, cuenta con un régimen especial, hecho a medida: la actividad fitomejoradora o de mejoramiento vegetal. Disciplina que consiste en la aplicación práctica de los principios de la genética al desarrollo de líneas mejoradas de cultivos agrícolas y de jardinería. Las peculiaridades de la industria del mejoramiento vegetal han llevado a que, no sólo en Argentina, sino también en el resto del mundo, se dicten leyes específicas, que reconocen un derecho intelectual muy parecido a la patente, pero adaptado a las características del sector tecnológico que tiende a proteger: el derecho del obtentor ("DOV").

En nuestro país, la cuestión es abordada por un tratado —el Convenio UPOV 1978 (aprobado por ley 24.376)— y por la ley 20.247, denominada "Ley de semillas y creaciones fitogenéticas" ("LSCF"), del año 1973. Esta ley es, en la actualidad, deficiente, al margen de los méritos que pueda haber tenido al tiempo de su dictado. Los resultados están a la vista: menos del 20% de los usuarios de esta tecnología —es decir, los productores agrícolas— pagan por utilizarla. El resto, gratis, ya sea en forma lícita o ilícita. Queda claro que es imperativo modificar este panorama normativo, reformando la ley o, preferiblemente, dictando una nueva.

La masiva inobservancia del régimen del DOV no es casual. Va en línea, es cierto, con lo que ocurre con relación a otros derechos intelectuales. Y no sólo se explica por deficiencias legislativas. Pero hay falencias legales que colaboran para que esta situación patológica se mantenga y profundice. Veamos, de modo panorámico, las principales fallas de este sistema normativo.

2. Titularidad del derecho

Si bien el artículo 24 de la LSCF declara que "[e]l derecho de propiedad de un cultivar pertenece a la persona que lo obtuvo", la ley carece de un régimen que establezca, de manera integral, quién tiene derecho al DOV. ¿Qué hay de la creación y desarrollo de variedades vegetales en conjunto? ¿Se aplica un régimen de cotitularidad? Sería bueno que la ley lo definiese ¿Y si la variedad vegetal es creada en el marco de una relación laboral? Según la ley, el DOV le corresponde a la persona que obtuvo la variedad Pero, ¿quién es esa persona? ¿El empleado o el empleador? Por otro lado, habría que profundizar otras circunstancias de esa relación laboral. ¿El empleado fue contratado para realizar actividades de mejoramiento vegetal? De no ser el caso, ¿se valió de medios o recursos del empleador para obtener la variedad vegetal? ¿En qué fecha obtuvo la variedad? Estas y otras cuestiones explican que no pueda darse una respuesta uniforme a la cuestión, lo que ha llevado a que, en el marco de otros derechos intelectuales, el tema haya sido prolijamente regulado. Puede verse, por ejemplo, el artículo 10 de la ley 24.481, quizás uno de los más extensos de la ley de patentes, donde se aborda la cuestión teniendo en consideración las distinciones que he referido, lo que es correcto y va en línea con la tendencia internacional.

3. La novedad

El Convenio UPOV 1978, a tono con la legislación comparada, que presenta absoluta uniformidad en esta materia, sujeta la concesión del DOV al cumplimiento de cuatro requisitos objetivos: que la variedad sea nueva, distinta, homogénea y estable. Sin embargo, nuestra ley omite el primero de esos requisitos. ¿Es o no es exigible

la novedad? ¿Y en qué condiciones? ¿Bajo que circunstancias una variedad vegetal ya no es nueva? ¿Cuáles son los plazos de comercialización que afectan su novedad? Nada dice la ley al respecto.

De acuerdo con la legislación comparada y los tratados internacionales, una variedad es nueva cuando no ha sido comercializada antes de cierta fecha, que varía en función del lugar donde se haya efectuado la comercialización. Si la variedad ha sido comercializada antes de la fecha relevante, carece de novedad y, por ende, no puede concederse un DOV sobre ella.

Se ha querido ver en el artículo 21 de la LSCF la previsión de este requisito, lo que es un error. En efecto, la norma se limita a establecer que, "[h]asta tanto no sea otorgado éste [es decir, el DOV], el cultivar respectivo no podrá ser vendido ni ofrecido en venta". Como puede advertirse, la norma se limita a establecer una prohibición. De aquí no puede inferirse la regulación de un requisito, o no, al menos, al estilo en que es abordado por la legislación comparada y por el convenio UPOV. Si, por el contrario, se concluyese que la ley regula en este artículo la novedad, sería aún más grave, ya que, al no contener plazos de gracia, toda variedad vegetal que haya sido comercializada antes de la fecha de la concesión del DOV, ya sea en el país o en el extranjero, carecería de novedad, por lo que debería denegarse la presentación. Esta segunda interpretación, por otro lado, nos llevaría a considerar que la ley es, en este punto, inconstitucional, ya que, al carecer de plazos de gracia, regularía el requisito de la novedad en contradicción con su previsión en el convenio UPOV.

Finalmente, sería bueno que la ley, al regular este requisito que se echa de menos, aclarase, de modo no taxativo, qué actos no implican pérdida de la novedad para una variedad vegetal (v.g., la comercialización ilícita del material).

En suma: ya sea porque se omita regular este requisito, o porque se lo regula defectuosa o inconstitucionalmente, es imperativo que la ley se modifique en este punto.

4. La estabilidad y la protección de los híbridos

Buena parte de la producción local se realiza a partir de semillas híbridas. Pero, ¿pueden ser protegidos por un DOV los cultivares híbridos? Depende de qué norma escojamos.

Con uniformidad, en la legislación comparada se establece que sólo pueden ser protegidas las variedades estables. Argentina no es ajena a esta tendencia mundial, y tanto en el tratado como en la ley y en su decreto reglamentario se exige el cumplimiento de este requisito. El problema es que hay asimetrías entre estas normas al definirlo. Diferencias que, en ciertos casos, llegan a la contradicción, como veremos que ocurre con la protección de los híbridos.

De acuerdo con el artículo 6, inciso d), del convenio UPOV 1978, "[l]a variedad deberá ser estable en sus caracteres esenciales, es decir, deberá permanecer conforme a su definición después de reproducciones o multiplicaciones sucesivas o, cuando el obtentor haya definido un ciclo particular de reproducciones o de multiplicaciones, al final de cada ciclo". No es hora de ahondar el análisis de esta norma. Diré, simplemente, que hay dos definiciones de estabilidad, una para especies de reproducción autógena (la primera parte de la definición), y otra para las especies híbridas (la segunda parte). Respecto de estas últimas, el obtentor define que su ciclo finaliza cada año, ya que cruza los parentales macho y hembra, y comercializa un producto (la semilla híbrida) que tiene un ciclo de duración, comprometiéndose a que siempre ofrecerá para comercializar, por medio de una semilla híbrida, una variedad que al final de cada ciclo de reproducción será estable, frente a cualquier otra variedad del mismo tipo, al final de cualquier otro ciclo de reproducción. En suma: tal como define la estabilidad, el tratado permite la protección vía DOV de las especies híbridas.

Lamentablemente, la LSCF contiene una definición muy distinta de estabilidad. En su artículo 20, exige que la variedad sea estable "a través de generaciones sucesivas", ignorando, así, el caso de las especies que tienen ciclos especiales o particulares de reproducción o multiplicación, como es el caso de las híbridas. Más lapidaria, aún, es la nota de elevación: "El concepto de estabilidad se refiere al mantenimiento razonable y semejante como en otros cultivares de igual especie de los caracteres distintivos a través de generaciones o multiplicaciones sucesivas y en su forma usual de siembra o propagación. Queda así excluido el híbrido inestable, segregante, vg. maíz, sorgo, cebolla, etc., quedando en cambio sí comprendido y gozando de protección el híbrido estable, vg. manzano, papa, rosa, etc." (sin cursiva en el original). En síntesis: de acuerdo con la LSCF, no califican para la protección del DOV los híbridos.

Finalmente, el decreto 2183/91, "reglamentario" de la LSCF, define la estabilidad tal como lo hace el convenio UPOV 1978 (tratado que, hacia la fecha de dictado del decreto, aún no había sido aprobado por nuestro país).

En síntesis: de acuerdo con el tratado y el decreto, los híbridos podrían ser objeto del DOV; pero según la ley, en principio, no. Hasta donde tengo conocimiento, en nuestro país aún no se ha otorgado un DOV sobre un cultivar híbrido, con relación a ninguna especie.

Al margen de cómo debe resolverse esta contradicción entre normas de diverso rango —parece claro que, por el principio de jerarquía, debe primar el tratado—, es evidente que se debe modificar la ley, no para eliminar el requisito de la estabilidad, sino para definirlo de modo tal que no queden excluidas las variedades híbridas,

ajustando, así, la LSCF a la norma de rango superior.

5. El contenido del DOV

¿Qué poderes tiene el titular del DOV? ¿Hasta dónde alcanza su ius excluendi? La LSCF se limita a establecer que "[n]o lesiona el derecho de propiedad sobre un cultivar quien entrega a cualquier título semilla del mismo mediando autorización del propietario...". Esto es todo. A contrario, se infiere que el titular tiene el derecho de exclusividad en cuanto a la entrega a cualquier título de la semilla perteneciente a la variedad protegida. La regulación es deficiente, por exceso y por defecto.

Por exceso, porque no es correcto considerar que cualquier tipo de entrega constituye una infracción al DOV (pensemos, por ejemplo, en quien entrega material de reproducción para su almacenamiento). Pero, sobre todo, la norma peca por defecto. ¿Qué hay de los demás actos, que no constituyen entrega? ¿La publicidad, la oferta de comercialización, la misma celebración de contratos, independientemente de la entrega de material, la producción, la exportación, la importación, la posesión con fines ilícitos, etc.? Es cierto que, apelando a una interpretación elástica de lo que significa "entregar a cualquier título", algunos de los actos referidos podrían considerarse comprendidos en la prohibición legal. Sin embargo, lo que corresponde, en buena técnica legislativa, es precisar cuáles son esos actos relativos al material de reproducción perteneciente a la variedad protegida, cuya realización corresponde en forma exclusiva al titular del DOV o a las personas que él autorice. Y esto no sólo para proteger al titular del derecho, sino también para dar seguridad a los terceros, definiendo claramente qué actos no pueden realizar, y cuáles sí.

6. Licencias

La LSCF contempla la transferencia del DOV, esto es, su cesión. Carece de normas, en cambio, con relación a las licencias, que son contratos más frecuentes. En parte, la omisión no es tan grave, ya que en esta materia habrá que estar, en principio, a lo pactado entre licenciante y licenciatario, y a las normas generales sobre los contratos, que brindan un marco normativo razonable. Sin embargo, en otros aspectos la omisión es negativa. Por ejemplo, ¿cuáles son los poderes del licenciatario frente a los terceros infractores? ¿Puede accionar contra ellos para que cesen en la explotación ilícita del material? ¿O depende de que el licenciante se digne de accionar contra ellos? Si el licenciatario tuviese derecho a accionar por cese de uso, ¿puede hacerlo en forma directa o sólo en caso que el titular del DOV omita hacerlo? En este último caso, ¿cuál es el plazo de espera? Sería bueno que la ley definiese estas cuestiones, lo que requiere su reforma.

7. Licencias obligatorias

La LSCF regula, en su artículo 21, lo que denomina "uso público restringido", que es lo que comúnmente se conoce como una licencia obligatoria. Esta regulación presenta serios baches. A tal efecto, conviene tener presente que el ADPIC, en su artículo 27.3.b), impone a los países miembros el deber de otorgar protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis o a través de una combinación de aquéllas y éste. Nuestro país ha optado por el régimen del DOV, que viene a ser, en el marco de la norma citada, "un sistema eficaz sui generis".

Ahora bien: al regular esta licencia obligatoria, la LSCF omite garantías elementales para el titular del DOV afectado, que impiden considerar que su régimen es eficaz. En efecto:

- No se contempla la negativa del titular del DOV a otorgar una licencia ("refusal to deal") como un requisito previo para el otorgamiento de la licencia obligatoria.
- No se prohíbe que la licencia obligatoria sea otorgada con exclusividad.
- No se prohíbe la transmisión autónoma de la licencia obligatoria.
- No se aclara que la licencia sólo puede otorgarse a los efectos de abastecer el mercado interno.
- Excepto en lo que respecta al precio de la licencia, no se establece que toda decisión de la autoridad de aplicación o del Poder Ejecutivo estará sujeta a revisión judicial.
- No se establece que debe haber transcurrido un plazo mínimo desde la concesión del DOV, antes de que se otorgue la licencia obligatoria.

8. Poderes sobre el producto de la cosecha

La ley sólo otorga poderes al titular del DOV sobre el material de reproducción perteneciente a la variedad protegida. Pero no contempla que ese poder pueda alcanzar al producto de la cosecha, si el titular del DOV no ha podido ejercer razonablemente su derecho sobre el material de reproducción ilícitamente utilizado. Se trata de un recaudo elemental, que en ciertos casos puede ser indispensable para garantizar la observancia del derecho, y que no puede obviarse en una eventual reforma legislativa.

9. Poderes sobre variedades dependientes

La ley reconoce al titular del DOV, aunque muy imperfectamente, poderes de exclusión sobre el material perteneciente a la variedad protegida. Pero no extiende esos poderes sobre las variedades que no se distinguen claramente de la variedad protegida. Tan sólo se prohíbe el registro de esta última, pero con esto no alcanza. Es

necesario que se reconozca que el titular del DOV puede prohibir su explotación. De lo contrario, bastaría con introducir modificaciones menores, cosméticas, a la variedad, creando otra que no se distingue claramente de aquélla, para escapar al ius excluendi del titular del DOV, lo que es absurdo.

10. Poderes sobre variedades cuya producción requiere el uso repetido de la variedad protegida

La ley reconoce al titular del DOV, muy defectuosamente, poderes de exclusión sobre el material perteneciente a la variedad protegida. Pero no extiende esos poderes sobre aquellas variedades que, aún siendo claramente distintas de la variedad protegida, requieren para su producción el empleo repetido de esta última. Tan sólo se veda su registro en el Registro Nacional de la Propiedad de Cultivares. Como lo he señalado con relación a las variedades dependientes, no basta con impedir el registro de estas variedades, sino que deben extenderse sobre ellas los poderes del titular de las variedades que deben emplearse en forma repetida para producirlas.

11. Poderes sobre variedades esencialmente derivadas

A partir del acta 1991 del convenio UPOV, se ha generalizado el reconocimiento de un régimen especial para la llamada "variedad esencialmente derivada". Se trata de una variedad que:

i) se deriva principalmente de la variedad inicial, o de una variedad que a su vez deriva principalmente de la variedad inicial, conservando al mismo tiempo las expresiones de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad inicial;

ii) se distingue claramente de la variedad inicial; y

iii) salvo por lo que respecta a las diferencias resultantes de la derivación, es conforme a la variedad inicial en la expresión de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad inicial.

Las leyes que regulan esta figura establecen que la variedad esencialmente derivada no puede ser explotada sin la autorización del titular de la variedad inicial, lo que es justo.

Lamentablemente, nuestra LSCF no contempla este instituto. Lo cual, si bien era comprensible en la época de su dictado, constituye, en la actualidad, una omisión poco feliz, que sume en la desprotección al titular de una variedad que ha sido mejorada por un tercero. Al respecto, destaco que, en más de una oportunidad, el titular de la variedad inicial será un semillero local, quien, de no receptarse este instituto, nada podrá reclamar con relación a la variedad que incorpora a la suya un evento transgénico.

12. Agotamiento del derecho

Este principio, universalmente aplicado a los distintos derechos intelectuales, implica que el poder del titular del derecho se agota con la "primera venta", de modo tal que la circulación subsiguiente del producto ya comercializado en forma lícita escapa al ius excluendi del titular del derecho.

Sin embargo, la cuestión sólo está regulada en forma parcial e imperfecta en el artículo 27 de la LSCF. Podrá argumentarse que, por aplicación de los principios generales de la propiedad intelectual, se entiende implícitamente que el agotamiento también juega en el régimen del DOV. Pero la cuestión no se reduce a si este principio está o no reconocido. Su falta de regulación deja sin respuesta interrogantes elementales. ¿Qué modalidad de agotamiento se ha adoptado? ¿Nacional o internacional? ¿Cuáles son los requisitos para que se produzca el agotamiento? ¿Qué actos agotan el derecho? ¿Respecto de qué material? ¿El agotamiento sólo se produce con relación al material de reproducción, o también respecto del producto de la cosecha? ¿Cuáles son los límites del agotamiento? Convendría precisar, por ejemplo, que, aun cuando el derecho sobre determinado material se haya agotado, éste no puede ser utilizado para realizar nuevos actos de reproducción o multiplicación de la variedad. En fin, éstas y otras cuestiones no resueltas reclaman una regulación completa del instituto.

13. Duración del derecho

De acuerdo con el artículo 8° del Convenio UPOV 1978, tratado vigente en nuestro país, el DOV debe tener una duración mínima de 15 años, que en ciertos casos se extiende a 18. Sin embargo, de acuerdo con nuestra ley, "[e]l Título de Propiedad sobre un cultivar será otorgado por un período no menor de DIEZ (10) ni mayor de VEINTE (20) años, según especie o grupo de especies, y de acuerdo a lo que establezca la reglamentación". De modo que la ley permite que se conceda un DOV con una duración inferior a la mínima establecida en el tratado. Es cierto que esta falencia ha sido remediada por vía reglamentaria y a través de la práctica administrativa, pero esto no borra la desprolijidad legislativa. Mañana, la reglamentación o la práctica podrían cambiar, reduciendo los plazos, sin infringir la ley (aunque sí el tratado), lo que forzaría un debate tortuoso en torno a la relación entre ambos cuerpos normativos y sus respectivos ámbitos de aplicación. Lo que corresponde, entonces, es ajustar la ley a la norma superior, purgando así la inconstitucionalidad que la afecta en esta materia.

14. Protección provisional

El derecho de exclusión del titular del DOV recién nace con su concesión. Pero entre la presentación de la

solicitud y la concesión del derecho transcurre un lapso que no es despreciable, y durante el cual la variedad es libremente explotable por cualquier tercero, al menos desde la perspectiva del régimen del DOV. Nuestra ley no contempla una protección provisional para el titular del DOV, que le permita, por ejemplo, ser resarcido por quienes hayan utilizado la variedad durante el trámite de concesión, si el título es finalmente concedido. Esta desprotección puede salvarse reconociendo algún tipo de protección provisional, precisando sus requisitos y alcance.

15. La excepción del fitomejorador

En su artículo 25, la LSCF reconoce la llamada "excepción del fitomejorador". Dice la norma: "La propiedad sobre un cultivar no impide que otras personas puedan utilizar a éste para la creación de un nuevo cultivar, el cual podrá ser inscripto a nombre de su creador sin el consentimiento del propietario de la creación fitogenética que se utilizó para obtenerlo, siempre y cuando esta última no deba ser utilizada en forma permanente para producir al nuevo."

Como puede advertirse, el único límite es que no puede utilizarse la variedad protegida en forma permanente para producir la nueva variedad. Se echan de menos, en cambio, otros límites. El creador de la nueva variedad puede registrarla y explotarla libremente. Sin embargo, debiera sujetarse a la autorización de la variedad inicial la explotación de la variedad nueva, si esta última:

- a) no se distingue claramente de la variedad inicial; o
- b) es esencialmente derivada de la variedad inicial.

Por otro lado, dado que la LSCF es una ley prebiotecnológica, no es de extrañar que no regule la interacción con el sistema de patentes. Pero esta omisión es, hoy, inadmisibles. En concreto, en lo que respecta al alcance de esta excepción: ¿qué ocurre si una variedad vegetal contiene un elemento patentado (v.g., un transgen)? ¿Se puede utilizar para crear nuevas variedades, como surgiría de aplicar la excepción del fitomejorador, o, priorizando la ley de patentes, no sería esto posible, teniendo en cuenta el alcance más reducido de la excepción de investigación, tal como la regula la ley 24.481? El tema es complejo, y no pretendo ni siquiera abordarlo en este artículo. De todos modos, considero que no puede dejar de ser abordado por el legislador, en el sentido que sea, eliminando, así, la incertidumbre que impera en la actualidad.

16. Excepción del agricultor

En forma escueta, la LSCF reconoce la excepción del agricultor, declarando que "[n]o lesiona el derecho de propiedad sobre un cultivar... quien reserva y siembra semilla para su propio uso". Esto es todo. Es cierto, hay reglamentos y resoluciones que se refieren a esta materia... pero no tienen rango de ley. Es necesario establecer un marco legal para esta importante restricción al DOV, que la regule con mayor precisión, tal como ocurre en los países más avanzados en esta materia. El régimen actual deja sin respuesta demasiados interrogantes. En otros casos, regula con un criterio equivocado la cuestión. Veamos.

La excepción del agricultor es una restricción al DOV, por la cual el productor agrícola puede reservar parte del material cosechado para destinarla a la siembra en su propia explotación. Es importante, por lo tanto, que el legislador defina con precisión los derechos del productor agrícola, los del titular del DOV y los del eventual titular de un elemento patentado que pueda estar incorporado a la variedad vegetal. Precisión de la que carecemos con la ley vigente. A modo de simple repaso, veamos algunas de las muchas cuestiones no abordadas por la LSCF:

- ¿Cuáles son los requisitos que deben cumplirse para ejercer esta excepción?
- ¿Quién es su beneficiario? ¿Toda persona? ¿Sólo los productores agrícolas? ¿O, acaso, también otras personas vinculadas con la actividad agropecuaria?
- ¿Qué poderes tiene el productor agrícola sobre el material reservado y su descendencia? ¿Existe algún límite a las cantidades que puede reservar? ¿Puede utilizar ese material en una explotación distinta de aquella en la que sembró el material original?
- ¿Qué derechos tiene el titular del DOV? ¿Tiene derecho a ser informado sobre la reserva?
- ¿Qué ocurre si la variedad vegetal a la que pertenece el material reservado contiene un elemento patentado? ¿Se debe priorizar el régimen del DOV, en cuyo caso podrá realizarse la reserva gratuita, o el sistema de patentes, que no contempla una excepción de esta índole, por lo que el productor no tendrá derecho a efectuar reserva alguna?

Al margen de los numerosos interrogantes que el régimen actual deja sin respuesta, hay otras cuestiones que sí son abordadas, pero defectuosamente:

- Toda persona puede beneficiarse con la excepción. Pero es evidente que no tiene sentido reconocer este derecho de reserva gratuita a los grandes productores agrícolas. Como cualquier empresario, debieran pagar por los insumos que utilizan. Esta es, claramente, la tendencia a nivel internacional, que distingue entre los pequeños agricultores, que pueden ejercer gratuitamente el derecho reconocido por esta excepción, y los grandes agricultores, quienes también pueden efectuar la reserva, pero deben pagar al titular del DOV una

regalía razonable.

- La excepción es aplicable a todas las variedades vegetales. Sin embargo, en algunos casos su aplicación puede resultar ruinoso para la industria mejoradora, lo que ha llevado a que, en la legislación comparada, se excluya a ciertas variedades vegetales de este régimen (v.g., variedades frutícolas, forestales, florícolas, etc.).

17. Sociedad de gestión colectiva

Algunos derechos intelectuales sólo pueden funcionar eficientemente si se crea una organización que gestione los intereses colectivos de los titulares, representándolos, verificando el cumplimiento de las reglas, constatando las infracciones, percibiendo el pago de las regalías que correspondan, distribuyendo entre sus asociados los ingresos y, en su caso, accionando contra los infractores. Cuáles de estas funciones debe tener esa sociedad o asociación es una cuestión que excede a este artículo. Pero parece claro que la observancia del DOV se vería favorecida si se crease una sociedad de gestión colectiva, dotada de las atribuciones y facultades necesarias para cumplir eficazmente su cometido. Nada dice la LSCF al respecto, por lo que, en la actualidad, si bien los titulares de derechos están nucleados en una asociación, ésta no cuenta con las atribuciones legales necesarias para poder combatir más eficazmente la piratería.

18. Sanciones

La LSCF carece de un régimen sancionatorio propio. Es cierto que algunas normas establecen sanciones, pero el régimen es defectuoso. En primer lugar, no son sanciones específicamente previstas para castigar las infracciones al DOV, sino al régimen de comercialización de semillas, que responde a fines completamente distintos. Además, no están mínimamente precisadas, aunque sea por remisión, las conductas ilícitas. Por último, las sanciones son irrelevantes.

Un sistema dotado de un régimen sancionatorio tan deficiente no puede sino fracasar. No se trata de hacer una apología de las penas más brutales, pero sí de definir con precisión cuáles son las conductas ilícitas y establecer sanciones razonables que desincentiven el ilícito. Nada de esto ocurre en la LSCF.

Es necesario que la ley precise cómo se protege el DOV. Que diga claramente que su titular puede reclamar el cese de la explotación y el resarcimiento de los daños y perjuicios. Habría que incluir, además, la previsión de sanciones penales, particularmente para las infracciones más graves.

19. Daños y perjuicios

Es cierto que, ante la ausencia de un régimen específico en la LSCF, son aplicables a las infracciones al DOV las reglas generales de la responsabilidad civil. Sin embargo, en este régimen general, el daño sufrido por la víctima es el límite del resarcimiento. Considero que en el sistema del DOV, como en el de los demás derechos intelectuales en general, debe contemplarse el daño punitivo. De lo contrario, se incentiva el ilícito: si el infractor no es descubierto, nada paga; si sí lo es, a lo sumo pagará lo mismo que hubiese tenido que abonar de haber actuado lícitamente (esto es, una suma igual al precio del material de reproducción utilizado).

20. Procedimiento de concesión

Se echa de menos en la LSCF una regulación precisa del procedimiento de concesión del DOV. Si bien la cuestión es escuetamente abordada en su artículo 21, esto no es suficiente. Es necesario precisar las etapas del trámite, las cargas del solicitante, la publicidad que se dará a la solicitud, los derechos de los terceros (v.g., a oponerse o a formular observaciones), el examen de fondo, la prioridad, el acceso a la información del registro, el funcionamiento del registro del DOV, etc.

21. La prioridad internacional

El convenio UPOV 1978, en su artículo 12, reconoce y regula el derecho de prioridad internacional. Pero nada dice al respecto la LSCF. Tendría que hacerlo. La cuestión no se reduce a si se reconoce o no este derecho. Seguramente, podría argumentarse a favor de su reconocimiento a partir del tratado internacional. Pero no es buena esta situación de incertidumbre. La nueva ley debe reconocer explícitamente este derecho, precisando cuáles son sus requisitos, los plazos, las cargas formales, los beneficiarios, etc.

22. Nulidad

Es sabido que las normas del Código Civil relativas a la nulidad son aplicables a todos los actos jurídicos en general, lo que incluye al acto administrativo por el cual se concede el DOV. También es aplicable la ley 19.549, de procedimiento administrativo. No cabe alegar, por lo tanto, la carencia de reglas aplicables a un caso de nulidad de un DOV.

Sin embargo, este marco normativo general no es suficiente. La nulidad del DOV presenta peculiaridades que justifican que, sin perjuicio de la aplicabilidad de las reglas generales sobre la nulidad, se legisle en forma específica la cuestión, abordando temas tales como cuáles son las causas de nulidad (tal vez, la omisión menos relevante) y, lo que es más importante, cuáles son sus efectos. ¿Qué ocurre con los contratos de licencia ya celebrados? En particular, ¿qué hay de las regalías que ya se han pagado al titular del DOV finalmente invalidado? Queda claro que las infracciones al DOV anulado no eran tales, pero, ¿qué ocurre con las infracciones declaradas por sentencia firme? ¿Quiénes pueden invocar la nulidad? ¿Por qué vía? ¿Dentro de qué

plazos? ¿O, acaso, la acción de nulidad será imprescriptible? Estos y otros temas ponen en evidencia la necesidad de legislar con un régimen específico la nulidad del DOV. La LSCF no los trata, aunque merece destacarse la previsión de la llamada "acción reivindicatoria", por la cual se reconoce que si el DOV ha sido concedido a quien no tenía derecho a él, debe ser transferido a quien sí lo tenía.

23. Etcétera

En mi afán por sintetizar las principales flaquezas de la LSCF, he obviado otras que la afectan. Por ejemplo: carece de definiciones elementales, no regula en forma integral el régimen de la denominación de la variedad (en particular, su interacción con las marcas registradas), no consagra la competencia federal (si bien la establece en algunos casos puntuales, sería bueno que se aclarara que son competentes los tribunales federales para entender en los juicios civiles y en las acciones penales relacionados con el régimen del DOV), etc.

En suma, esta enumeración de defectos y omisiones de la LSCF no es taxativa. Confío, con todo, en haber destacado sus fallas más relevantes.

24. Conclusión

Este artículo no tiene por objeto denostar la LSCF, ni, mucho menos, a quienes la elaboraron. En su momento, representó un claro progreso, al menos en el plano normativo. Pero esta ley ya no brinda respuestas satisfactorias. Debe ser modificada. Preferiblemente, mediante el dictado de una nueva ley, separada del régimen de comercialización de semillas (a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, en donde ambos regímenes, completamente distintos en cuanto a sus fines y sus medios, conviven en la misma ley, lo que es fuente de equívocos y confusiones).

Es cierto que varias de las fallas que presenta el régimen actual pueden ser remediadas, a través de diversos resortes. Por ejemplo, sosteniendo la aplicabilidad directa de ciertas normas del convenio UPOV 1978, lo cual constituye un debate pendiente, que quedaría superado o se tornaría casi abstracto si se dictase una ley razonable sobre el DOV. Otras materias, en cambio, requieren inexorablemente de una reforma a nivel legal.

Inspirado en la máxima alberdiana, he afirmado en el título de este trabajo que gobernar es sembrar. En nuestro caso, sembrar significa contar con un régimen de propiedad intelectual que incentive la innovación y el desarrollo de uno de los sectores más dinámicos y pujantes de nuestra economía: el mejoramiento vegetal. Todo régimen de propiedad industrial implica una restricción a la competencia en la comercialización de productos, para lograr efectos procompetitivos aguas arriba, en el área de la investigación y la innovación. Implica una renuncia a un beneficio actual (el que se derivaría de una mayor competencia en la comercialización de un producto, con su consiguiente rebaja en los precios) para alcanzar un beneficio futuro (la aceleración del desarrollo tecnológico, merced al efecto-incentivo del régimen de la propiedad intelectual). Implica, por lo tanto, un sacrificio presente, para lograr un beneficio en un futuro relativamente cercano. Implica sembrar. En materia de variedades vegetales, ha llegado la hora de sembrar.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)