



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Año de estrenos

DOCTRINA

Duhagon, Bautista

La vida, principal bien jurídico a defender

Gros Espiell y Mariana Blengio Valdés

Impugnación de actos jurisdiccionales ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Guariglia, Carlos

Derecho público Derecho privado.
¿Dicotomía o falsa antinomia?

Wegbrait, Pablo

La compartimentación de mercados en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual e industrial (derecho de comercialización, agotamiento e importaciones paralelas)

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

Langón Cuñarro, Miguel

¿Por qué es necesario aprender a resolver casos?

Rodríguez Arana, Jaime

La vuelta al Derecho Administrativo
(a vueltas con lo privado y lo público)

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Recopilación jurisprudencial. Sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 621 de 16 de setiembre de 1991, N° 98 de 8 de marzo de 1999 y N° 497 de 14 de junio de 2000, y sentencias de la Suprema Corte de Justicia N° 42 de 30 de setiembre de 1993, N° 2 de 1° de febrero de 1996, N° 161 de 15 de agosto de 2001, N° 210 de 29 de julio de 2002 y N° 152 de 21 de marzo de 2003

Delpiano, Héctor

La razonabilidad como parámetro de decisión en los fallos jurisdiccionales

INFORMACIONES

Eventos científicos de Derecho Administrativo con participación de Profesores de la Universidad de Montevideo

Posgrado de Derechos de Autor

Efecto positivo del silencio de la Administración en los recursos administrativos. Propuesta y anteproyecto de ley del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo

TESINAS DE MASTERS

Moreira, Rosario

Utilización de signos distintivos por PYMES dedicadas a la producción orgánica

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

Olazábal, Valentina

Reducción de donaciones

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Anuario de Propiedad Intelectual 2004

Ética, Poder y Estado

VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo

A 200 años del Código Civil francés

MENSAJE DEL DECANO

Año de estrenos

Sin dudas el 2005 es un año de estrenos. No sólo a nivel de gobierno, donde por vez primera el Frente Amplio se hará cargo de las riendas del país por así haberlo decidido libre y soberanamente la ciudadanía.

También en nuestra Facultad, que lanza la carrera de Notariado gracias a la colaboración de la Esc. María Wonsiak, quien amablemente aceptó la tarea de elaborar su plan de estudios, distribuyendo la carga horaria básica de cada una de sus asignaturas. Nuestro agradecimiento va también para la Comisión Directiva de la Asociación de Escribanos que recibió nuestra propuesta y a la que le ofrecimos nos hiciera las sugerencias que entendiera pertinentes, así como para todos los demás profesionales que de una u otra forma han colaborado para hacer de este proyecto una realidad.

Asimismo es novedad que por primera vez un equipo de estudiantes de nuestra Facultad vaya a competir con muchas otras Universidades del mundo en una Olimpiada Jurídica que se desarrolla anualmente en Washington, llamada Jessup Competition. En dicho evento, cuatro alumnos de los años más avanzados de nuestra carrera de grado de Abogacía se han de medir con otros equipos representantes de otros Centros de Estudio, luego de varios meses de ardua preparación de un caso. El mismo, igual para todos los competidores, abarca aristas multidisciplinarias tales como el derecho internacional, comercial, ambiental, penal y ha exigido estudios sobre seguros, terrorismo y piratería marítima muy actualizados. Más allá de los resultados clasificatorios que puedan obtener en el certamen, podemos decir con tranquilidad de conciencia que estos cuatro jóvenes van a representar muy dignamente a la UM, pues los hemos visto trabajar con seriedad, diligencia y entusiasmo contagiantes durante estos meses previos a la instancia final que se desarrollará en Wahington a partir de la última semana de marzo.

Novedoso también es no encontrarnos diariamente como ya era costumbre con el Dr. Juan Manuel Gutiérrez quien fuera durante años Coordinador de nuestra Facultad de Derecho. Por razones de trabajo Juan Manuel ha quedado integrado como miembro del Consejo Directivo de la Facultad y le ha pasado la posta de la coordinación al Escribano y Dr. Guillermo Rosati. Queremos aprovechar este editorial para expresar públicamente nuestro agradecimiento a Juan Manuel por todo el eficaz trabajo, la dedicación y el entusiasmo que puso durante años para sacar adelante tanto la carrera de grado como los cursos Master en la UM. Sin lugar a dudas fue un propulsor y mentor humano difícil de reemplazar por el simpático trato humano que siempre tuvo con todos, estudiantes, profesores y administrativos. El impulso y el fervor que ponía como coordinador por suerte lo conservamos con los aportes, iniciativas y opiniones que nos brinda ahora como miembro del Consejo. A Juan Manuel, nuestras sinceras gracias. A Guillermo Rosati y a la Dra. Mercedes Otegui nuestra nueva asistente académica, la bienvenida en esta Universidad, ilusionados con todos los proyectos que pueden concretarse con sus valiosas colaboraciones.

Nicolás Etcheverry Estrázulas



Revista de **DERECHO**

Publicación semestral de la
Facultad de Derecho de la
Universidad de Montevideo

*

Director

Dr. Carlos E. Delpiazzo

Redactor Responsable

Dra. Beatriz Bugallo
Jaime Zudáñez 2628 apto. 101

Consejo Editorial

Dr. Carlos de Cores
Dr. Alberto Faget Prati
Dr. Jorge Fernández Reyes
Dr. Ronald Herbert
Dra. Mercedes Jiménez de Aréchaga
Dr. Pedro Montano Gómez
Dr. Santiago Pérez del Castillo
Dr. Siegbert Rippe

Comisión de Publicaciones

Dra. Beatriz Bugallo
Dr. Juan Manuel Gutiérrez
Dr. Pablo Labandera

*

Redacción y suscripciones

Facultad de Derecho
Universidad de Montevideo
Prudencia de Pena 2440
11600 Montevideo - Uruguay

Impresión

Tradinco S.A.
Minas 1367
Telefax: 409 44 63 - 409 55 89
Montevideo - Uruguay
E-mail: tradinco@adinet.com.uy

Deposito Legal 333.107 / 04
Edición amparada en el decreto 218/996
(Comisión del Papel)

ISSN: 1510-5172

Las expresiones y opiniones vertidas
por los autores de cada obra publicada
en esta Revista, son de su exclusiva
responsabilidad

Año IV (2005), N° 7



DOCTRINA

- *Dubagon, Bautista* - “La vida, principal bien jurídico a defender”
- *Gros Espiell y Mariana Blengio Valdés* - “Impugnación de actos jurisdiccionales ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”
- *Guariglia, Carlos* - “Derecho público Derecho privado. ¿Dicotomía o falsa antinomia?”
- *Wegbrait, Pablo* - “La compartimentación de mercados en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual e industrial (derecho de comercialización, agotamiento e importaciones paralelas)”

LA VIDA, PRINCIPAL BIEN JURÍDICO A DEFENDER

BAUTISTA DUHAGÓN

INTRODUCCIÓN

Un buen sistema jurídico de un país, tiene el deber de proteger la vida de todos sus integrantes, tanto en su etapa de concepción como en su plenitud de goce y desarrollo.

Siendo la violencia doméstica una de las problemáticas sociales más antiguas, sin embargo es de las últimas áreas del derecho, a la que los juristas decidieran abocarse a su estudio y tratamiento.

El abordaje jurídico del tema nació en los hechos en el mundo, más como un movimiento de protesta de parte de la sociedad civil frente al Estado, que como una acción de éste, destinada a proteger a una franja débil de sus ciudadanos (mujeres, niños y ancianos).

La relación entre el Derecho y la Violencia, alude en forma directa a la composición de las relaciones de poder, fenómeno que está necesariamente presente en la vivencia cotidiana de los individuos.¹

Hasta el año 1995, la inexistencia de una figura penal específica en nuestro sistema codificado, hacía invisible incluso para el aplicador del derecho, la gravedad de conductas que atacan un bien jurídico tan valioso como la integridad física o síquica de las personas; propiciaba una tolerancia y una permisividad, que impedía advertir la entidad delictiva de ciertas conductas, fomentando el mantenimiento de un círculo vicioso de violencia.

Sin embargo con la creación de la figura penal específica (hoy Art.321 bis del Código Penal) tampoco se logró paliar esta problemática, quizás porque el problema de la Violencia Domestica tiene la virtud de poner de manifiesto ciertas deficiencias estructurales del derecho penal y el de familia, cosa que en otros tipos de conductas desviadas, resultaban opacadas por la ausencia de un vínculo personal entre la víctima y el autor del hecho".²

En nuestro país, existían proyectos desde 1995 para tratar de manera correctamente el tema, pero el Parlamento no encontraba la oportunidad para su estudio. Debió ocurrir en el año 2002 el brutal homicidio de una mujer, asesinada a martillazos por su cónyuge, a quien había denunciado reiteradamente por violencia, para que los legisladores votaran el proyecto (ley 17.514), sin tener en cuenta la mayor deficiencia: la capacitación técnica y la poca sensibilidad de los distintos operadores jurídicos.

PROBLEMAS DILUCIDADOS

Según un informe del BID del año 1999, en el 40 % de los hogares uruguayos existe algún tipo de violencia física.

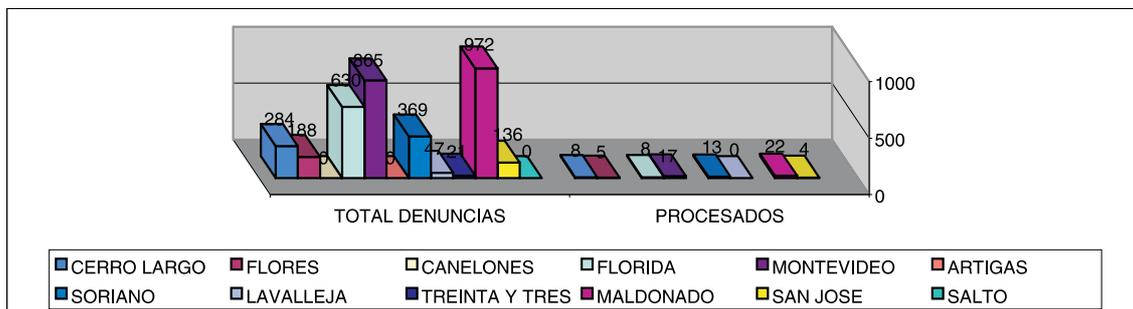
Sin embargo, estadísticas oficiales demostraron claramente que la dificultad para proteger este preciado bien, era del sistema jurídico y no de las víctimas (*ver estadísticas*).

Mdeo Comisaría de Defensa de la Mujer	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Denuncias	538	388	442	598	652	959	951	969	1760	1123
Procesados	33	17	21	41	29	32	27	32	62	35
Otras resoluciones	0	0	0	0	0	0	0	0	--	1
Libertad	505	371	421	557	623	927	924	939	--	--

(Fuente: Dirección Nacional de Prevención del Delito, cifras solo de Comisaría de Defensa de la Mujer)

¹ Vazquez, Roxana y Tamayo Giulia "Violencia y Legalidad" - Lima: CONCYTEC, 1989,- p15.

² Emilio García Méndez, p.234.Rev. Ciencias Sociales, n 1 /1995.

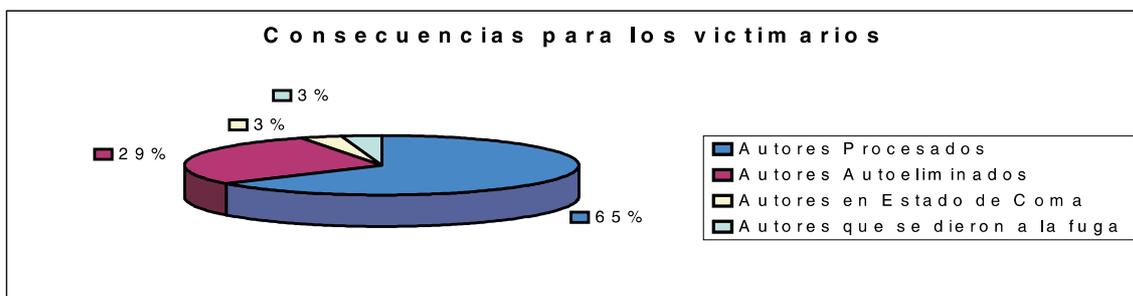


(Fuente: DNPDP, cifras Nacionales año 2000, Enero - Julio)

AÑO 2001- VIOLENCIA DOMESTICA				
Todo el País				
DELITO	Procedimientos (Denuncias recibidas)	Agresores Procesados	Otras Resoluciones	Libertades
Viol. Doméstica	893	29	32	832
Lesiones	468	18	140	310
Agresión	503	4	77	422

Un Análisis Estadístico realizado por la Dirección Nacional de Prevención Social del Delito, respecto de los Incidentes Familiares con Víctimas Fatales en el año 2001³, arrojó el resultado de **66 homicidios**. Es decir que en nuestro país en ese año, cada 6 días fue asesinada una persona como resultado de un incidente familiar.

Si observamos las estadísticas oficiales, respecto de las consecuencias para los victimarios/as, podemos ver que 38 de ellos fueron procesados por la justicia, 17 se autoeliminaron, 2 intentaron autoeliminarse, de los autores identificados 2 se dieron a la fuga y al momento del cierre de la recepción de datos 2 se encontraban en estado de coma.



Estos datos demostraron no solo que el sistema fue totalmente inadecuado para prevenir los trágicos desenlaces, sino que ni siquiera en este tipo de figura delictiva se pudo castigar a los victimarios, puesto que se dieron a la fuga o se suicidaron.

Nuestro país entonces, está muy lejos de cumplir con el fin de prevención de este tipo de delitos, de proteger a sus habitantes en el goce de su vida o seguridad, y de reeducar a los delincuentes, previstos por mandato constitucional.

Similares cifras arrojó el reciente estudio presentado⁴ correspondiente al año 2002, el que es en términos generales, coincidente con el del años anteriores. Hubo 53 homicidios en 49 incidentes, existiendo 3 hechos con víctimas múltiples.

³ Análisis de Homicidios en el territorio nacional durante año 2001, Cristina Domínguez y As. Soc. Mariela Fernández.

⁴ Dirección Nacional de Prevención Social del Delito. Investigación sobre Incidentes familiares con resultado víctimas asesinadas, en todo el Territorio Nacional, REALIDAD AÑO 2002. Comisario Inspector Cristina Domínguez y Of. AYTE (PT) Mariela Fernández, noviembre del 2003.-

Se diferencia solo en que existió una mayor paridad, entre víctimas mujeres y hombres, respecto al año 2001. Así el total de mujeres asesinadas fue 28 (24 adultas y 4 menores), y el total de hombres fue de 24 (16 adultos y 8 menores).

En esta oportunidad el 52% fueron mujeres, en cambio en el año anterior fueron el 62%.

En Montevideo fue clara la mayor cantidad de hombres asesinados (15-9), realidad que se invirtió en el interior, donde se dio mayor cantidad de mujeres (19-9).

El total de víctimas menores fue de 13 (24 % del total), cifra similar al del año 2001(21%).

DEPARTAMENTOS	INCIDENTES	HOMICIDIOS
Montevideo	22	25
Canelones	8	8
Artigas	3	3
Salto	3	3
Treinta y Tres	2	3
Cerro Largo	2	2
Rivera	2	2
Colonia	1	1
Durazno	1	1
Florida	1	1
Lavalleja	1	1
Río Negro	1	1
Rocha	1	1
Tacuarembó	1	1
TOTAL	49	53

Los victimarios se identificaron 44 hombres y 8 mujeres, 46 adultos y 2 menores de edad, a diferencia del año 2001, donde todos fueron adultos.

El 47% de las víctimas tenían o habían tenido una Relación de Pareja con sus victimarios, a diferencia con el año 2001 cuando esta unidad había constituido la mayoría (54%). Entre éstas, dos fueron parejas homo-sexuales.

LEGISLACIÓN NACIONAL

La primer norma en nuestro país que trató el tema de manera subyacente, fue el Art. 154 del **Código Civil**. Este artículo previó que en la audiencia preliminar, se resolverá lo relativo a cual de los cónyuges habría de permanecer en el hogar conyugal, tratando así de evitar los riesgos de convivencia forzada.

Su objeto, tuvo el fin de evitar el inevitable rozamiento que se produce ente dos personas que están litigando, o se proponen hacerlo, con el propósito de obtener una decisión de separación de cuerpos.

En el año 1985, la **Asamblea General** de la ONU en Milán, en el Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, aprueba una resolución referida a la «Violencia en el hogar», en cuyo Art. 7 se invita a los países miembros a: “Adoptar medidas concretas con miras a que los sistemas de justicia penal y civil respondan con mayor eficacia a la violencia en el hogar; promulgando cuando no exista, legislación civil y penal encaminada a resolver problemas especiales de violencia en el hogar, y promulgar leyes que protejan a los miembros de la familia que sean objetos de malos tratos y castiguen al delincuente, ofreciendo medios alternativos que permitan tratar a ellos”.

Es decir que ya en 1985, a Uruguay le bastaba con cumplir los lineamientos de la ONU, para responder con mayor eficacia a la violencia en el hogar, pero debieron pasar 10 años para ello.

En junio de 1994, la O.E.A. aprueba la Convención Internacional para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, **“Convención de Belén do Pará”**, ratificada por nuestro país por ley No. 16.735 el 5/1/96, la que impone al Estado: “adoptar por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir; sancionar y erradicar» todas las formas de violencia contra la mujer (Art. 7).

Por tanto, en 1994 Uruguay ya se había **comprometido** a:

«b. actuar con diligencia para prevenir; investigar y sancionar la violencia contra la mujer;»

«c. incluir en su legislación interna las normas penales, civiles, administrativas y de otra naturaleza que sean necesarias ...»;

«d. adoptar medidas jurídicas que conminen al agresor a abstenerse de hostigar; intimidar, amenazar; dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma, que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;»

«e. tomar las medidas apropiadas, para modificar prácticas consuetudinarias que respalden la tolerancia de la violencia contra la mujer;

«f. establecer procedimientos legales, justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia ...”; ..medidas de protección, un juicio oportuno y acceso efectivo a tales procedimientos.

Dicha Convención consta de 5 capítulos, siendo el Cap. II el más importante a los efectos de su efectiva aplicación en nuestro Orden jurídico (Derechos protegidos, Arts. 3 al 6).

El Art.4º enumera, cuales son los derechos protegidos por la Convención, reiterando varios de los mencionados en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

De esta enumeración interesa destacar el inciso g) del artículo citado: el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos”.

En nuestro derecho, habría varios mecanismos legales para poder ejercitar los derechos consagrados en dicha Convención ante Tribunales no penales y obtener una respuesta, ante la pasividad de las sedes penales en situaciones de violencia doméstica.

El Art. 11 del C.G.P puede ser uno de ellos al establecer que: “cualquier persona tiene derecho a acudir ante los tribunales, a plantear un problema jurídico... u oponerse a la solución reclamada y a ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de una u otra posición procesal y el Tribunal requerido tiene el deber de proveer sobre sus peticiones”. Este artículo podía ser invocado en Sede de Familia.

Sin embargo, a pesar de que la norma preveía la posibilidad de que una persona solicitara el cese en una conducta que se considera lesiva de otra, tanto en sede Penal como en sede de Familia, en la práctica cuando se intentó esgrimirla ante los magistrados, en términos generales no se les dio trámite.

Desinterés, desinformación, apatía, pueden ser algunas de las razones por las que la mayoría de nuestros tribunales, civiles y penales no hicieran lugar a los pedidos de auxilio.

Legisladores y juristas comenzaron a discrepar, si la legislación vigente (antes de la sanción de un tipo penal específico de Violencia Doméstica -1995), tutelaba adecuadamente los derechos inherentes a la persona, menoscabados por el agresor.

Una posición entendía que la legislación penal existente, a través de los tipos de Lesiones, Violencia Privada, Amenazas, etc., ya capturaba las conductas aludidas.

Otra posición, entendía que el derecho penal no daba una respuesta adecuada, basándose tanto en los datos oficiales sobre violencia contra mujeres y niños, como a las noticias sobre criminalidad publicadas sobre el tema. Por ello, entendían que era necesario innovar, a fin de capturar una conducta delictiva que en los hechos, constituía una grave y probada violación a los DD.HH y ya se encontraba consagrada en muchas legislaciones de países del mundo.⁵

Recién en el año 1995 Uruguay incorporó un nuevo inciso al Art. 321 del Código Penal, a través del Art. 18 de la ley N° 16.707 (Ley de Seguridad Ciudadana).

Con la citada ley también se permitió al Juez y al Ministerio Público a proceder de oficio, en los casos de traumatismo o de lesiones ordinarias causadas con abuso de las relaciones domésticas o de la cohabitación.

Sin embargo, ya desde su nacimiento la redacción del artículo 321 *bis* planteaba algunas dudas, por la expresión “violencias o amenazas prolongadas en el tiempo”, siendo el juez en definitiva el que debía apreciarlo en cada caso concreto, lo que constituyó una dificultad para su aplicación en la práctica.

También es posible recurrir a la Ley de Amparo (No. 16.011). Sus Arts. 1 y 2 indican cuales son los elementos objetivos del amparo: acto, hecho o omisión que lesiona, restringe, altera o amenace un derecho o libertad reconocido expresamente por la Constitución, con manifiesta ilegitimidad, provocando o amenazando provocar al titular del derecho o libertad un daño irreparable, y que no exista en el ordenamiento jurídico otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado.

El Dr. Luis A.Vieira señalaba que la ley distingue el amparo represivo (medio de protección de un derecho o libertad lesionado, restringido o alterado) y el amparo preventivo (protección frente a una amenaza que presenta indicios de seriedad en cuanto a su efectivización).

⁵ Argentina, “Ley de Protección contra la violencia familiar”, n° 24.417 del 7/12/94. Chile, Ley n° 19.325 del 19/8/94, “Establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia familiar”. Perú, “Ley sobre la Política de Estado y de la Seguridad frente a la violencia familiar”, n° 26.260 del 8/12/93. Puerto Rico, Ley 54 o “Ley para la Prevención e Intervención contra la Violencia Doméstica” del 15/8/89.

El mismo autor indicaba que en el amparo quedaban comprendidos los Derechos Humanos (Declaración de la O.N.U. de 1948, Pactos Internacionales de Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Pacto de San José de Costa Rica).

La "Convención de Belén do Pará", define expresamente la violencia contra la mujer como un problema de DD.HH, quedando también a nuestro criterio comprendida en el amparo. Si se dan los requisitos que la ley establece, podía acudirse al procedimiento de la misma, para proteger a la víctimas de actos de violencia.

INEFICACIA DE LA NORMATIVA ADOPTADA PARA SOLUCIONAR EL TEMA Y OBSERVACIONES DE LA ONU

Partiendo de la premisa de que la ley más perfecta, es aquella que desea ser aplicada por todos los operadores jurídicos, es que comenzamos a darnos cuenta que la normativa adoptada hasta entonces, resultaba totalmente ineficaz sin un real compromiso de todos sus actores.

En febrero del año 2002, el *Comité de Naciones Unidas* que examina la evolución en los países donde se aplica la CEDAW (Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer), remitió las siguientes observaciones a Uruguay:

- En Uruguay no se aplica un enfoque integral a la prevención y eliminación de la violencia doméstica, en particular en el hogar y existe una falta de sanción de los autores.

- A pesar de las medidas adoptadas con la ley 16.707, la violencia contra la mujer y particularmente la violencia doméstica, sigue siendo un grave problema que afronta la sociedad Uruguaya (ver cuadros A y B).

- Recomienda que se investigue la violencia en el hogar, a fin de mejorar la eficacia de su legislación, políticas y programas de capacitación del poder judicial, la policía y la salud.

A pesar de estas críticas, nuestro parlamento tampoco pareció sensibilizarse.

Recién en el año 2002, tras un brutal homicidio de una mujer asesinada a martillazos por su cónyuge, el Parlamento uruguayo votó un proyecto a tapa cerrada, proyecto con imperfecciones, mejorable sin duda, pero a nuestro criterio bueno para la cruda y actual realidad uruguaya (Ley 17.514, entrada en vigencia: 19/7/2002).

Sin embargo reiteramos, de nada sirve la promulgación de esta nueva ley y de otras, si las mismas no se aplican en la práctica por sus operadores jurídicos.

Recientemente, el 19 de noviembre precisamente, el parlamento nacional por ley nro.17.707, facultó a la Suprema Corte de Justicia a crear dos Juzgados Letrados de Flia con especialización en Materia de Violencia doméstica. Sin lugar a dudas es el primer paso hacia una magistratura especializada, aunque lamentablemente solo en el área civil y no en la penal, donde más importa.

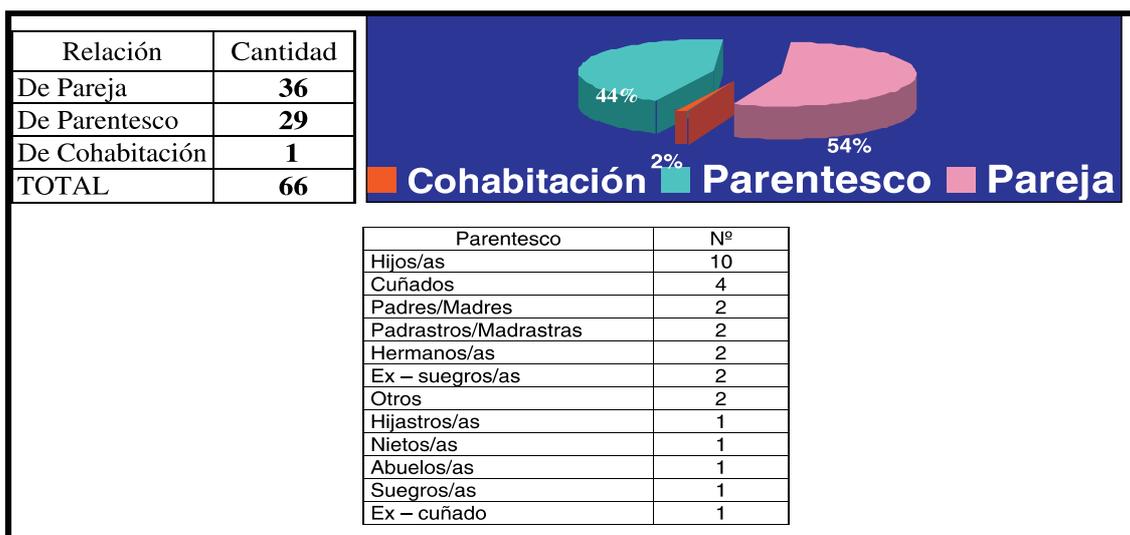
(cuadro A)



(cuadro B)

	Incidentes	Homicidios
Montevideo	28	31
Interior	31	35
TOTAL	59	66

(cuadro C) Relación entre los Involucrados



El cuadro C nos muestra claramente que:

- casí el 85% de los homicidios se dieron en el interior del hogar, lugar natural de refugio ante agresiones de extraños, demostrando que es el espacio donde más se producen hechos de muerte, incluso en manos de quienes les eran sus familiares.
- Si bien la mayoría son incidentes donde los involucrados tenían o habían tenido una Relación de Pareja, no es de desestimar que la muerte también se dio entre parientes.

CASO REAL

La errónea escala de valores de nuestro poder judicial

El día 26 de Octubre del presente año, una mujer de 30 años de edad y su hija menor, fueron agredidas físicamente a golpes de puño y amenazas de muerte con un arma de fuego, por una ex pareja de aquella.

Tras un forcejeo, la madre logró arrebatarle el arma al agresor y la entregó a la policía, junto con una carta en que aquel confesaba su agresión y reiteraba sus amenazas de muerte a ambas.

La víctima ya había denunciado en reiteradas ocasiones al agresor, por agresiones a golpes de puño (año 2000 solicitando el auxilio de la Seccional, siendo detenido), por agresiones físicas y amenazas de muerte (radicó también denuncia en la Seccional, pero el agresor logró escapar de la persecución policíaca a pié) y por amenazas con un arma de fuego con la que me hiciera un disparo sin suerte.⁶

⁶ Art. 324 del Código Penal. *ACOMETIMIENTO CON ARMA APROPIADA*: «El hecho de acometer a una persona con arma apropiada, será castigado con la pena de 3 a 24 meses de prisión». El Dr. Milton Cairoli -en Curso de Derecho Penal Tomo III, págs.106 y ss- menciona que lo que se tutela aquí es el derecho a la libertad, a la tranquilidad o paz síquica. Si alguien acomete a otro con un arma apropiada, sin herirlo y sin intención de hacerlo, la única motivación que cabe es la de que ha querido «asustarlo» y eso es expresión del amplio derecho de libertad. La intención del autor es la de que ataca la paz síquica. El verbo que domina esa modalidad delictiva de acometer, significa agredir e incluso tentar la agresión pues quien amaga ya hace evidente el conato. El solo «amague», según ya implica acometimiento. Esa modalidad se persigue de oficio, no siendo necesario que se haga a instancia de parte.

El agresor, un toxicómano con antecedentes penales por varios delitos, además de agredirlas, en esa última oportunidad destruyó parte del local comercial propiedad de la madre y hurtó varios electrodomésticos, así como fichas de la caja registradora.

Posteriormente fue detenido por personal policial y se le dio cuenta al Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 1er turno, el que dispuso su libertad con antecedentes.

Ante tal situación, me dirigí indignado al juzgado para hablar con el Juez, quien me manifestó que tal decisión la había adoptado, porque la información que le había comunicado la seccional de los hechos era distinta. Por tanto, procedió a telefonar a la seccional y recriminarle al Funcionario superior, porque no le habían comunicado los otros delitos de hurto y daño.

Tras comunicarle al superior de la seccional, que sería sancionado por comunicar distorsionadamente hechos a un juez penal, ofreció a la víctima y a mí sus más sinceras disculpas.

Nos manifestó que de haber sabido que se habían cometido esos otros delitos -de daño a la propiedad y hurto- hubiera dispuesto su procesamiento.

Ante tal comentario quede estupefacto, y me enfasqué en una discusión jurídica primero (porque se había configurado claramente la conducta prevista en el tipo penal y no se había procesado) y luego filosófica (porque el colocaba un bien jurídico como vida e integridad física de las personas, por debajo de otros como la propiedad).

CONCLUSIONES

Primeramente en el Uruguay, se consideró que era muy difícil luchar contra esta problemática, porque la mayoría las víctimas de violencia familiar no denunciaban, ni consultaban por las agresiones sufridas, lo que desmintieron las claras cifras oficiales.

Luego se consideró que con la creación de una figura penal específica, se paliarían las deficiencias existentes en nuestro del derecho penal. Pero otra vez las cifras oficiales mostraron que su creación no terminó con las numerosas agresiones, homicidios, ni con la tolerancia o el mantenimiento de ese círculo vicioso de violencia en el hogar.

Sin embargo, es de resaltar que tan solo 3 años después de su promulgación, las cifras de denuncias y procesamientos se habían prácticamente duplicado, lo que desacredita aquella creencia de que las víctimas no denunciaban a sus agresores.

Año	1995	1998
Procedimientos	959	1760
Procesados	32	62

(Fuente: DNP, Comisaría de la Mujer Mdeo)

Entonces se especuló, con que la dificultad del correcto tratamiento del tema era la división, dispersión y el aislamiento de todos los operadores intervinientes.

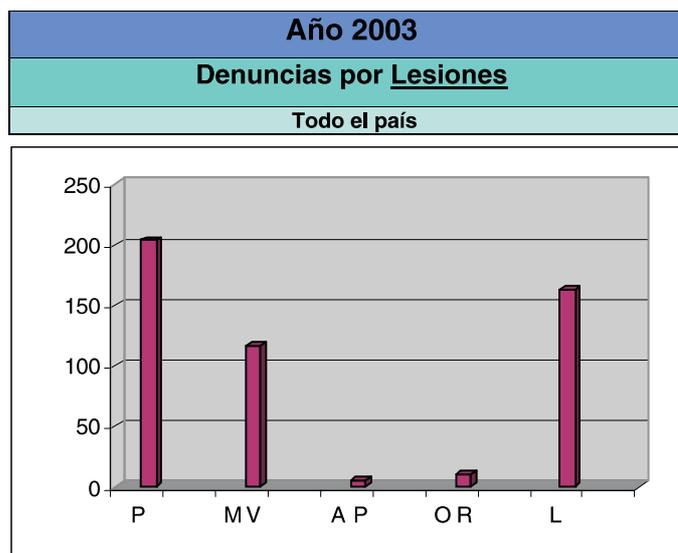
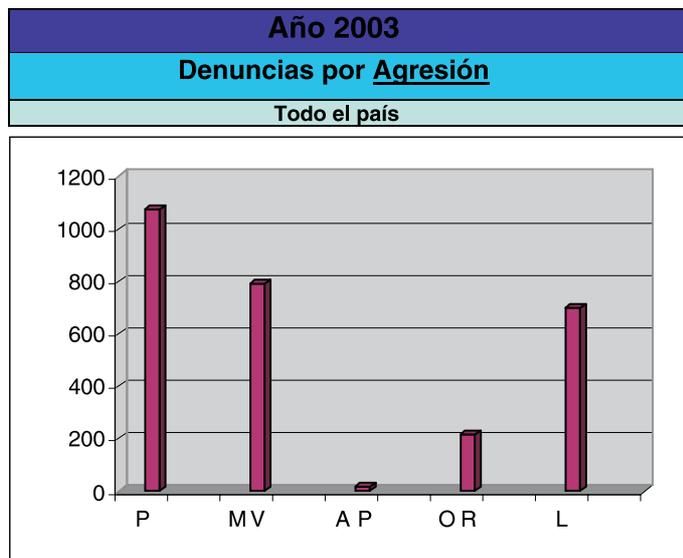
Sin embargo tanto a nivel privado (con la creación de la Red Nacional que nucleó a todas las Ongs del país), como a nivel oficial⁷ esto aconteció, dejando otra vez sin respuestas a la opinión pública, a los gobernantes, parlamentarios y sobre todo a los magistrados.

Entonces ¿Cuál es la solución para esta grave problemática? ¿dónde se falla? y sobre todo ¿quien falla? ¿debemos los uruguayos resignarnos a que nuestro sistema jurídico, sea totalmente ineficaz para proteger la vida de centenas de mujeres, niños y ancianos, a pesar de que estos solicitan su auxilio previo?

Son algunas de las preguntas, que debemos responder.

Ya en la antigüedad Platón nos daba un indicio de cómo abordar el tema, a través de la imposición del Principio de la división del trabajo: "cada cual ha de estar donde le corresponda y cumplir su función". Si así fuera, no existirían las excusas esgrimidas tanto por las sedes penales como policiales, en donde se "pasan la pelota" respecto de las omisiones, los errores y horrores judiciales cometidos en el tema.

⁷ Así la ley 17.514 en su Art. 16 estableció la coordinación de las actuaciones entre sedes penales y civiles; la necesaria comunicación previa a la excarcelación, concesión de salidas transitorias o cualquier forma de conclusión del proceso, al Juzgado competente en materia de violencia doméstica y a la víctima en su domicilio real y de su letrado en el domicilio constituido; que el diagnóstico de situación entre los sujetos involucrados será elaborado en forma interdisciplinaria a través de peritos en violencia doméstica, siendo el Ministerio de Educación y Cultura a través del Instituto Nacional de la Familia y la Mujer, el que promoverá su formación, incorporándose estos al Instituto Técnico Forense, etc).



P	Procedimientos
M V	Mujeres Víctimas
A P	Agresores Procesados
OR	Otras Resoluciones
L	Libertades

A criterio personal debemos buscar las respuestas no en las normas, ni en las supuestas omisiones de las víctimas en denunciar (las que en realidad sólo bregan porque se proteja su vida), sino más concretamente en los operadores jurídicos intervinientes, concretamente la policía y la justicia.

PERELMAN mencionaba, que “no se puede decir cuáles son las características esenciales de la justicia, sin admitir una cierta escala de valores”, cosa que en nuestro país distamos mucho de tener.

Como mencionáramos al comienzo, Uruguay tanto a nivel nacional como a nivel internacional siempre estuvo en el debe y rezagado, respecto de esta temática.

Se sostuvo que para que el sistema penal tuviera efectividad, era necesario crear un tipo penal específico y luego complementarlo con otras medidas, que aseguraran la acción jurídica por parte del titular del bien lesionado, lo cual quedó demostrado también que fue insuficiente.

Hoy en nuestro derecho, contamos con una serie de mecanismos legales para proteger “*en teoría*” la vida de las víctimas de estos abusos, y sin embargo estos continúan existiendo.

En los casos en que no se llegó a un trágico desenlace, existió en la práctica un gran desbalance entre los derechos del agresor y las posibilidades de actuar rápida y eficazmente, en estos delitos perpetrados dentro del hogar. Aquí esté quizás otra de las posibles razones.

La benignidad de los jueces, de la policía y de otros operadores que intervienen en estas situaciones, sus errores, sus confusiones, sus erróneas calificaciones de estos delitos, la victimización secundaria, su permisividad y sobre todo: su desacertada escala de valores y falta de sentido común, son las principales razones de que falle un sistema jurídico pensado para proteger y defender a los seres más débiles de nuestra sociedad.

Para finalizar otra reflexión: KELSEN⁸ mencionaba que las conclusiones sobre los criterios acerca de lo Justo y lo Injusto, de lo bueno y lo malo, podían depender de la Idiosincrasia personal de cada uno. Quizás esta sería la visión a la que se afiliaría el magistrado, por su postura en el caso concreto. Sin embargo otra posición -a la que personalmente adhiero- es la visión sistémica de Kant. Para este autor el mundo es un sistema, la vida del hombre es un sistema, donde lo justo y lo injusto ocupan un lugar o cumplen una función dentro de ese todo, y en relación a ese todo; por lo tanto su significación no puede ser arbitraria, sino que habrá de desprenderse de la totalidad y comprenderse a partir de ella.

Si partimos de la base de que en el 40 % de los hogares uruguayos, existe algún tipo de violencia física (según informe del BID de 1999) y de que el 85% de los homicidios (año 2001), se dieron en el interior del hogar, incluso en manos de quienes les eran sus familiares, podremos concluir que existen serios problemas y contradicciones en el seno de muchas familias uruguayas, del nuestro poder judicial y en definitiva en nuestra sociedad.

Sociedad donde este tipo de problemas se gestan y se toleran, fomentando en definitiva la indiferencia y el mantenimiento del círculo vicioso de violencia.

Quizás, esa visión tan particular de lo que es la injusticia (sufrida por muchos) y la justicia (impartida por otros), esa distorsión o deformación de gran parte de nuestra comunidad en su juicio a la hora de percibir y juzgar esta problemática, pueda ser una de las causas u orígenes del tema.

Algunas cifras podrían avalar lo antes mencionado. En nuestro país en el año 2001, cada 9 días una mujer era asesinada, siendo 41 el total de mujeres víctimas en ese año. Si se compara esta cifra con las de otros países, se observará el altísimo porcentaje de muertes. En Uruguay con tan solo 3 millones de habitantes, mueren 41 mujeres al año y en otros países como España, el mismo año murieron 50, pero con una población de 35 millones.

En definitiva, lo que resta por dilucidar y excede al estudio del presente trabajo, son las razones exactas por las que en nuestro país se comete un número tan alto de homicidios, y la razón por la que su población en general -inclusive el poder judicial- continúe apática, indiferente respecto del tema, para poder así erradicarlo.

Es irónico que un país que se jacta de cultivar la tolerancia, de poseer un gran respeto por los derechos de sus ciudadanos, de tener una gran cultura cívica, sea totalmente incapaz de proteger a sus más débiles integrantes. Y más irónico es todavía, que esos valores que predicamos, son exactamente los opuestos a los que conviven con las víctimas de violencia doméstica, día a día en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

1. Mariño Chiarlone JM, Salaberry E. Enfoque victimológico de la violencia doméstica: R.U.D.F año 9; n^o 11: 1996; 77 - 86.
2. Informe Estadístico de Violencia Familiar 1990-1999, Dirección Nacional de Prevención del Delito, Ministerio del Interior del Uruguay; 1999.
3. Roque de Blengio, ME. El Rol del Psiquiatra ante la Violencia Familiar: Victimología, F.C.U Montevideo 1998; 251 - 255

⁸ Podríamos sintetizar diciendo que existen dos grandes visiones o visiones diferentes, respecto al concepto de lo justo y lo injusto en cuanto a que, conforme a una de esas posiciones lo justo y lo injusto van a depender de la idiosincrasia individual y por consiguiente, habrán de ser nociones arbitrarias, que dependerán de los patrones valorativos o la escala de valores que se empleen en cada caso, de acuerdo a lo que Kelsen llamaba “idiosincrasia individual”. La otra posición a la que personalmente adhiero es la visión sistémica de Kant. Para él si el mundo es un sistema, si la vida del hombre es un sistema, lo justo y lo injusto ocupan un lugar o cumplen una función dentro de ese todo y en relación a ese todo, por lo tanto su significación no puede ser arbitraria, sino que habrá de desprenderse de la totalidad y comprenderse a partir de ella.

4. Recomendación N°R (85) 4,26,5. Consejo de Europa. 1985.
5. Fernández D, Machado G, De Pena M, y col. En Busca del Perfil del Maltratador Conyugal. Seminario de Victimología, FCU Montevideo 1998; 201 - 214.
6. Cairoli Martínez M, Manrique Pérez R. Reflexiones sobre la Ley de Seguridad Ciudadana. Ed. Universidad 1996; 82.
7. Millan, MC. Convención Internacional de Belén do Pará. Publicación del Poder Judicial, Suprema Corte de Justicia, comunicación personal.
8. Langón Cuñarro, M. Violencia domestica. Ponencias presentadas en el 1º y 2º Seminario Uruguayo de Victimología, FCU Montevideo 1998; 251 - 255.
9. Carnelli S, Carozzi E. Divorcio. ADCU. FCU Montevideo 1998; 192 -193.
- 10 Varela de Motta MI, Mariño Chiarlone J. Proceso de Exclusión de uno de los cónyuges del hogar común como consecuencia del juicio de divorcio o de la separación de cuerpos. Procesos de Familia, Medidas Cautelares. Jornadas de Derecho Procesal. FCU Montevideo 1986; 57 - 58.
11. Tarigo E. RUDP 1979, N° 4, pp 145; Vescovi E. RUDP, 1976, N° 3 y 4 , pp 73 y Teiltelbaum J, RUDP, N°1, 1980, pp 39.
12. Carnelli S, Carozzi E. Divorcio. ADCU. FCU Montevideo 1998; 193 -194.
13. Varela de Motta MI. Separación de Cuerpos y Divorcio - Medidas Provisoriales. Manual de Derecho de Familia. FCU Montevideo 1998; 151.
14. Stepanisic E, Varela de Motta MI. Medidas Cautelares en el Derecho De Familia. Curso sobre Medidas Cautelares, Landoni sosa A. FCU Montevideo 1999; 9 - 31.

IMPUGNACION DE ACTOS JURISDICCIONALES ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS.

HÉCTOR GROS ESPIELL

Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Montevideo, Uruguay.
Ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

MARIANA BLENGIO VALDÉS

Coordinadora de la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos de la Universidad de la República.
Profesora de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República,
Universidad Católica del Uruguay y Universidad de Montevideo.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. OBLIGACIONES EMANADAS DE LA CONVENCIÓN AMERICANA EN RELACIÓN A LOS ESTADOS PARTES.
3. LA DOCTRINA LATINOAMERICANA Y LA VIOLACIÓN DE LA CONVENCIÓN POR UN ACTO JURISDICCIONAL.
4. LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. LA CORTE INTERAMERICANA. 5. LA CUESTIÓN EN LOS INFORMES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA. 6. EL ASUNTO EN EL SISTEMA EUROPEO.
7. EL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS. 8. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Este aporte tiene por objetivo analizar del punto de vista doctrinario y jurisprudencial, la posibilidad de impugnar ante el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, actos jurisdiccionales emitidos por los países miembros del sistema¹ a nivel interno. Esta temática desarrollada por la doctrina y jurisprudencia en forma dispersa ha sido escasamente explorada en Uruguay, país que posee a la fecha uno de los más bajos índices de utilización del sistema de peticiones de la OEA.

La impugnabilidad de los actos jurisdiccionales ante el sistema regional, constituye un ejercicio de especial interés para fortalecer la protección de los Derechos Humanos en la región. Permite avanzar en la búsqueda de una efectiva protección de los Derechos Humanos, al abrir ámbitos que puedan determinar la responsabilidad de los Estados por actos jurisdiccionales contrarios a la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros documentos integrantes del sistema.

2. OBLIGACIONES EMANADAS DE LA CONVENCIÓN AMERICANA EN RELACIÓN A LOS ESTADOS PARTES:

El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone:

“Obligación de Respetar los Derechos:

1.- Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción,

¹ Países partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, o de cualquier otra índole, origen nacional, social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

La obligación de todo Estado Parte, de “*respetar los derechos y libertades reconocidos en ella (en la Convención) y de garantizar su libre y pleno ejercicio*”, significa que el Estado asume un compromiso internacional y es responsable por las acciones u omisiones violatorias de la Convención efectuadas por cualquier poder, órgano, autoridad o agente público, cualquiera que sea la forma jurídica del acto o hecho conculcatorio.

De tal modo una ley, un acto administrativo o una sentencia, en cuanto actos jurídicos, sin perjuicio además de los casos de los hechos materiales y de las omisiones del deber de “*garantizar*”, pueden constituir, en cuanto eventuales violaciones de la Convención, objeto de la competencia, “*para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes “en la Convención”, de los órganos competentes creados por ésta, es decir la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 33 de la Convención).*

Acorde con ello siempre se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que una sentencia violatoria – en cuanto acto jurídico – de los derechos reconocidos en la Convención genera la responsabilidad del Estado Parte, Estado que en virtud de un acto jurisdiccional interno violatorio de la Convención, pasa a responsabilizarse por el no cumplimiento de su obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en el Pacto y garantizar su libre y pleno ejercicio.

3. LA DOCTRINA LATINOAMERICANA Y LA VIOLACIÓN DE LA CONVENCIÓN POR UN ACTO JURISDICCIONAL

La doctrina latinoamericana ha sostenido siempre el criterio de que una sentencia interna puede constituir una violación de la Convención.

Al respecto en “*La Convention Américaine et la Convention Européenne des Droits de L’Homme*”², en relación al artículo 1 párrafo 1 de la Convención Americana se ha expresado oportunamente:

“Se trata de “respetar” y de “garantizar”. El respeto significa la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones los derechos y libertades reconocidos en la Convención”. (El subrayado no está en el original).

J.S. Fagúndez Cunha y José Jairo Baluta en su obra “*O processo penal a luz do Pacto de Sao José da Costa Rica*”, destacan en igual sentido:

*“A virada deste século estará marcada pelo direcionamento da atuação jurisdiccional á concreção da efetividade dos direitos fundamentais do homem, fazendo do processo penal um verdadeiro “escudo protetor” dos indivíduos para poderem enfrentar o exercício de poder penal do Estado, traduzindo – se num meio de garantia que procura proteger a “las personas del riesgo derivado de un uso arbitrario del jus puniendi” e, tendo na pessoa do juiz, o guardião de punição dos presumiblemente culpados, fazendo da função judiciária, um verdadeiro exercício de distribuição de justiça”*³

Victor Manuel Rodríguez Rescia⁴ señala:

“El derecho a un debido proceso legal es el derecho humano mas usual en que los jueces y tribunales hacen incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Ello por cuanto el debido proceso, o como lo llama la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el debido proceso de defensa procesal”, es

² Héctor Gros Espiell, Academie de Droit Internatioinal, Recueil des Cours, Tomo 218, La Haya 1989, VI.

³ J.S. Fagundez Cunha y José Jairo Baluta, O Processo Penal a luz do Pacto de Sao José de Costa Rica, Editorial Juruá, Curitiba, Brasil, 1997, página 132.

⁴ Victor Rodríguez Rescia, “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, inédito.

una garantía procesal que debe estar presente en toda clase de procesos, no sólo en aquellos de orden penal sino de tipo civil, administrativo, o de cualquier otro”.

“Los Estados Partes en la Convención Americana tienen la obligación internacional de respetar dichos principios (artículos 1.1 de la convención por constituir normas auto ejecutables; es decir, normas incorporadas al derecho interno. Por otra parte, en caso de que dichos Estados todavía no hayan establecido dichas garantías mínimas dentro de su legislación interna, tiene la obligación internacional de “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (artículo 2.1 de la Convención Americana)”.

En relación a la conducta de las autoridades judiciales, el mismo autor señala como casos de esas irregularidades: “... la lenta tramitación del proceso en forma dolosa o negligente por parte del juzgador (el no impulsar de oficio el proceso, lentitud en la evacuación de prueba ofrecida por las partes, no dictar sentencia en un plazo razonable cuando los autos se encuentren listos para dicho dictado, etc”

“Así por ejemplo en el caso *Genie Lacayo* la Corte Interamericana determinó que el recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia interpuesto por la parte acusadora no había sido resuelto, no obstante las diversas solicitudes de las partes. Se determinó que “incluso considerando la complejidad del asunto, así como las excusas, impedimentos y sustitución de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el plazo más de dos años que había transcurrido desde la admisión del citado recurso de casación no era razonable y por consiguiente violatorio del artículo 8.1 de la Convención”.

“En otro caso, *Suárez Rosero contra el Ecuador*, se determinó que un proceso termina cuando se dicta la sentencia definitiva y firme, lo cual agota la jurisdicción correspondiente. En material penal se determinó que dicho plazo debe comprender todo el procedimiento incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. En el caso concreto del Sr Suárez Rosero se concluyó que el plazo global del procedimiento interno tardó más de 50 meses, período que excede en mucho el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana. Aunado a ello, no se encontró justificación alguna para que el Sr. Suarez Rosero estuviera privado de libertad por más de tres años y diez meses cuando la ley ecuatoriana establecía una pena máxima de dos años para el delito por el cual fue finalmente condenado”.

Antonio Cancado Trindade ⁵ ha dicho con razón a este respecto:

“Los órganos de supervisión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos pueden y deben, en el contexto de casos concretos de violaciones de derechos humanos, determinar la compatibilidad o no con la Convención Americana de cualquier acto u omisión por parte de cualquier poder, órgano o agente del Estado, inclusive leyes nacionales y sentencias de tribunales nacionales. Trátase de un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, aplicado en el presente dominio de protección de los Derechos Humanos”.

Igual criterio ha sostenido Rodolfo Piza Rocafort en el capítulo VI (Responsabilidad Estado – Juez) de su libro *“Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos”*.

4. LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. LA CORTE INTERAMERICANA.

En la jurisprudencia cabe referirse a lo sostenido al respecto por la Corte Interamericana y por la Comisión. La primera, por ejemplo, ya en el caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1998, párrafo 165, expresó:

“El deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato estatal y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos”. (El subrayado no está en el original).

⁵ Antonio Cancado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Barcelona, Bs, As, México DF, Santiago de Chile, Chile, año 2001, página 390.

En el mismo sentido, en el *caso Villagrán Morales*, sentencia de 19 de noviembre de 1999, se señaló por parte del órgano jurisdiccional del sistema regional americano:

“Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el derecho internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualquiera de sus poderes u órganos en violación de los Derechos internacionalmente consagrados. El artículo 1.1 es de importancia fundamental en ese sentido”.

“Los artículos 25 y 8 de la Convención Americana concretan, en referencia a las actuaciones y omisiones de los órganos judiciales internos, los alcances del mencionado principio de generación de responsabilidad por los actos de todos los órganos del Estado”.

“El esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales puede conducir a que el Tribunal deba preocuparse de examinar los respectivos procesos internos”.

“Al respecto la Corte Europea ha señalado que se deben considerar los procedimientos como un todo, incluyendo las decisiones de los Tribunales de apelación y que la función del Tribunal internacional es determinar si la integridad de los procedimientos, así como la forma en que fue producida la prueba, fueron justos”.

5. LA CUESTIÓN EN LOS INFORMES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA

La Comisión ha sostenido invariablemente el criterio de que los actos jurisdiccionales, las sentencias, pueden constituir violaciones de la Convención y abrir, en consecuencia, el procedimiento de control regional de los Derechos Humanos.

En 1997, en el caso 10843 (Chile), Informe 36/96 del 14 de marzo de 1997, la Comisión dijo:

“La Comisión observa que, según se ha demostrado en el título anterior, la adopción del decreto – ley de autoamnistía estaba en conflicto con las disposiciones constitucionales vigentes en Chile en el momento en que éste fue dictado. Sin embargo, independientemente de la legalidad o constitucionalidad de las leyes en el Derecho chileno, la Comisión es competente para examinar los efectos jurídicos de una media legislativa, judicial o de cualquier otra índole en tanto ésta sea incompatible con los derechos y garantías consagrados en la Convención Americana “. (El subrayado no está en el original).

En el año 2002, en el Informe Número 3/02, Petición 11498, Argentina, 27 de febrero de 2002, la Comisión se declaró “*competente*”, y consideró admisible una petición basado en la alegación de la existencia de un “*error judicial*” (párrafos 2 y 4).

En 2003, en el Informe 2/031 sobre admisibilidad de la petición 11306, caso relativo a la Argentina, del 20 de febrero de 2003, luego de expresar:

“En resumen, los peticionarios sostienen que en el mencionado proceso penal se condenó al Sr. José Eduardo Acurso Marechal sin pruebas en su contra y por tanto en violación de su derecho a las garantías judiciales (a la protección judicial, y a la igualdad ante la ley). Además señalan los peticionarios que como consecuencia de una sentencia condenatoria injusta, se habrían afectado los derechos a la libertad y seguridades personales, la integridad personal, y la honra y la dignidad”, la Comisión declaró “admisible” el caso (párrafo 5).

Ese mismo año en el Informe 78/03, petición 0453/00, Guatemala, del 22 de octubre de 2003, la Comisión declaró “*admisible*”, una “*petición*” (párrafo 4), luego de expresar que:

“Los peticionarios argumentan que el Estado de Guatemala violó los Derechos Humanos establecidos en la Convención de 508 trabajadores a consecuencia de la actuación de la Corte Suprema de Justicia (en adelante SCJ) en un conflicto con dichos trabajadores. Los peticionarios alegan que la CSJ actuó como Juez y parte en el conflicto laboral, que se desarrolló entre dicha institución y los trabajadores, en violación a las garantías judiciales”.

En igual año en el Informe 7/03, petición 729/01 Jamaica, 20 de febrero de 2003, en un caso en que se impugnó una sentencia del Tribunal de St. James Kingston, por una condena a muerte, la Comisión “*decidió admitir las denuncias*” (párrafos 1 y 3).

En el año 2003, en el Informe 101/2003 del 29 de diciembre de 2003 (caso 12412), Estados Unidos, en un asunto relativo a una sentencia de condena a muerte de un joven de 17 años, la Comisión “*declaró*” admisibles las denuncias” (párrafos 1 y 4). En el Informe 1/03, Petición 12.221, Argentina, 20 de febrero de 2003, ante una denuncia de que “*procedimientos judiciales*”, habían violado la Convención, la Comisión concluyó que era competente y declaró que el caso era admisible. Podrían citarse otros muchos casos de peticiones relativas a violaciones de la Convención por parte de sentencias de tribunales nacionales, declarados admisibles por la Comisión. Se citan los casos (Informe 10/03, Petición 12185, México, 20 de febrero 2003; Informe 85/2003, Petición 12165, Perú, 22 de octubre de 2003; Informe 59/02, caso 12347, Jamaica, 21 de octubre de 2002).

Se han hecho estas referencias respecto de la más reciente jurisprudencia de la Comisión, pero es necesario recordar que los casos citados son el último eslabón de una larga, constante e intalterable actitud relativa a la competencia de la Comisión, y a la admisibilidad de peticiones o comunicaciones relativas a la violación de la Convención por sentencias judiciales de tribunales internos de países partes en ella.

6. EL ASUNTO EN EL SISTEMA EUROPEO

A mayor abundamiento no está de más recordar que igual criterio se ha sostenido en el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos que, como es sabido, constituyó una fuente directa del Sistema Interamericano, ya que la Convención Americana sobre Derechos Humanos tomó en gran parte como modelo a la Convención Europea.

El artículo 1 de la Convención Americana es similar al artículo 1 de la Convención Europea que dice:

“Obligación de respetar los derechos humanos. Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título 1 del presente Convenio”.

La doctrina europea ha sido unánime al respecto del punto que nos ocupa. Por ejemplo, Pablo Antonio Fernández Sánchez ⁶ señala en tal sentido:

“Los derechos y libertades que protege el Convenio Europeo de Derechos Humanos son oponibles a los Estados, por lo que estos tienen la obligación de respetarlos. Ello es porque según el artículo 1 del Convenio, las Altas Partes Contratantes “reconocen” a toda persona dependientes de su jurisdicción los derechos y libertades que enuncian, lo que lleva implícito una obligación de carácter negativo”.

“Estas obligaciones pasivas de no injerencia o abstención también se imponen en los aspectos procedimentales, no solo en los aspectos materiales.”

El tema está por lo demás exhaustivamente tratado en el trabajo de M.J. Velu, “*Rapport sur la Responsabilité inderhent aux Etats Parties a la Convención Européene*” al igual que por Juan Antonio Carrillo Salcedo en su aporte sobre “*El Convenio Europeo de Derechos Humanos*”.⁸

7. EL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS

El agotamiento de los “*recursos de la jurisdicción interna*” es un presupuesto ineludible para la admisibilidad de una comunicación o petición. El artículo 46.1 de la Convención Americana al respecto, dispone:

⁶ Pablo Antonio Fernández Sanchez, Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, España, 1987, página 70.

⁷ En “*Actes du Sixième Colloque international sur la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Sevilla, 1985, párrafo 28, página 585.

⁸ En *Actualidad Jurídica*, 1981, IX, páginas 75 – 76.

*“Para que una petición o comunicación presentada conforma los artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión se requerirá:
a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”.*

Los recursos a agotar son los de “jurisdicción interna”. Es preciso agotar los recursos de naturaleza jurisdiccional del derecho interno, por medio de los recursos que, en el marco orgánico del Poder Judicial, establece el sistema judicial nacional del Estado Parte en el que se ha producido la eventual violación de los Derechos Humanos reconocidos y garantizados por la Convención Americana.⁹

Si se trata de actos administrativos, gubernamentales o legislativos el agotamiento de “*los recursos de jurisdicción interna*” se realiza mediante la interposición de los recursos pertinentes ante los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial o del órgano autónomo de control constitucionalmente previsto.

En el caso de que la violación de un Derecho Humano provenga de una sentencia, es decir de un acto jurisdiccional de un órgano integrante del Poder Judicial, el agotamiento de “*los recursos de jurisdicción interna*”, se obtendrá luego de haberse interpuesto todos los recursos pertinentes previstos por el Derecho Interno (apelación, casación, etc) para impugnar este acto.

8. CONCLUSIONES:

Resulta pertinente impugnar aquellos actos jurisdiccionales emitidos en el ámbito interno de los estados ante el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Esta posibilidad se funda en las obligaciones que emergen para cada Estado por parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los actos jurisdiccionales que contradigan normas incluidas en la Convención podrán ser objeto de impugnación. El examen que sobre el punto realice la Comisión y eventualmente en forma posterior la Corte Interamericana, podrá determinar si efectivamente el acto jurisdiccional cuestionado es violatorio o no de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta posibilidad de impugnar fallos y resoluciones jurisdiccionales del ámbito interno ante instancias internacionales, es un elemento que condice con la búsqueda de protección integral de los derechos de la persona humana.

⁹ Antonio Augusto Cancado Trindade, O esgotamento de recursos internos no Direito Internacional, Universidade de Brasília, Brasília, 1984, 235, 236.

DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO ¿DICOTOMÍA O FALSA ANTINOMIA?

DR. CARLOS E. GUARIGLIA

Prof. Adj. de Derecho Administrativo

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL INTERÉS DE LA DIVISIÓN. 3. LA NECESIDAD DE FORMULAR UN ENFOQUE DIVERSO.
4. MÁS ALLÁ DE LA IDEOLOGÍA JURÍDICA. LOS PARADIGMAS PROCEDIMENTALES.
5. DICOTOMÍA, SOBERANÍA Y GLOBALIZACIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Resulta habitual en los textos de Derecho administrativo, encontrar que la ubicación en el ordenamiento jurídico y la definición de tal disciplina, se encuentre precedida de la distinción entre el derecho público y el privado,¹ aconteciendo algo similar en el ámbito del Derecho Constitucional.

También, es frecuente y con razón, acudir a la clásica diferenciación transcribiendo la conocida fórmula del Derecho romano contenida en el *Corpus iuris*² de Justiniano la cual expresa : el Derecho público es el que afecta a la utilidad del Estado. El privado el que se refiere a la utilidad de los particulares.³

Así nacida la dicotomía ha resultado de interés y estudiada por la Teoría General del Derecho, la Filosofía en general⁴ y del Derecho en particular.

Tampoco la sociología y la Filosofía Política han permanecido ajenas a la "*summa divisio*" y desde sus respectivos enfoques también han examinado la cuestión, en rigor, cuando se alude a las diversas corrientes del pensamiento respecto a los fines del Estado.

Tal diversidad disciplinaria, revela que la distinción no conforma una cuestión que se resuelve exclusivamente en el ámbito del Derecho como tal, sino que asimismo atañe a otras ciencias sociales e históricas.

En tiempos recientes en el terreno jurídico distintos autores aún con posiciones teóricas diversas, sostienen que asistimos al surgimiento de un "*derecho nuevo*", radicalmente diferente del derecho clásico, y la doctrina moderna, en ausencia de una expresión adecuada para designar tal fenómeno, se refiere al "*derecho posmoderno*".

En todo caso, el surgimiento del nuevo derecho, no se encuentra desvinculado de los cambios sociales globales de tanta significación que han ocurrido y siguen aconteciendo, lo que reafirma la imposibilidad de examinar en forma separada los sucesos sociales del Derecho en la versión ya sea del positivismo como del normativismo jurídico, tal cual comenzó a pregonarse en especial durante los siglos XVIII y XIX.

Autores conocidos en el terreno de la Filosofía Política o de la sociología, han dedicado su estudio a la conocida división, y en general coinciden que el análisis no puede limitarse al campo estrictamente derivado del positivismo jurídico.

¹ Enrique Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I. pág. 33. 8va edición puesta al día a 2002 por Daniel Hugo Martins.

² Instituciones, I i, 4 Digesto, I.I,i 2.

³ "*quod ad statum rei romanae spectat.*" "*quod ad singulorum utilitatem*".

⁴ Por ejemplo Hannah Arend. La Condición Humana. Paidós. Estado y Sociedad, Cap. II pág. 37. Radbruch. Filosofía del Derecho, pág. 16; Luis Legaz y Lacambra, Filosofía del Derecho, pág. 344, Goldsmidt, Introducción a la Filosofía al Derecho, 6ta. Edición Depalma, pág. 326, por mencionar algunos de estos autores.

En tal caso, se trata de estar a la voluntad del legislador, pero es menester destacar que ella no es neutra, y por lo mismo, tampoco lo es el derecho, por cuanto el acto de voluntad responderá a una situación de conveniencia u oportunidad.

Aún en tal hipótesis, pensamos que el hombre no puede despojarse de su “*ser político*” por lo cual, entre otras razones nos apartamos de la llamada ideología jurídica.

Entre los filósofos políticos que han prestado interés a la mencionada cuestión, encontramos a Habermas⁵, Giddens⁶, Chevallier⁷, Gordillo,⁸ Adela Cortina⁹, por citar algunos de los más relevantes.

Es que la distinción entre lo público y lo privado resume la proyección que dentro de un ordenamiento jurídico determinado adopta el binomio Estado-Sociedad. Por tanto, aquella no puede enseñarse exclusivamente en el plano que alude a los criterios en mérito a los cuales es posible justificar la dicotomía,¹⁰ sino que debe partirse examinando el relacionamiento existente entre ambos términos de dicha dualidad.

Es más, la sociedad y el hombre individual poseen ontológicamente un ser igualmente originario, encontrándose relacionados de tal surte que tanto el orden de los valores como el orden social, se descubren fundados en un concepto convergente.

Individuo, sociedad y Estado conforman entonces la trilogía desde la cual resulta posible abordar con un sesgo comprensivo la diferenciación entre lo público y lo privado, si se concluye que ella en realidad existe.

2. EL INTERÉS DE LA DIVISIÓN.

Conforme a lo dicho, doctrinariamente se han expuesto diversas posturas que van desde aquellas que individualizan elementos diferenciadores entre ambas ramas del derecho, hasta autores que sencillamente la niegan y no faltan los criterios mixtos que terminan combinando las distintas opiniones como es el caso de Sayagués Laso¹¹ o Biscaretti di Ruffia, quien comienza reconociendo el valor de la distinción cuando afirma que la misma, suele ofrecer actualmente relieve no sólo en el campo teórico, sino también, y sobre todo, en el práctico.

Partiendo desde una clasificación tripartita (criterio material, subjetivo y formal), este autor afirma que los elementos que caracterizan cada una de las posiciones que fundan la distinción, suelen revelarse imprecisos, cuando no insuficientes, cualidad que se supera si se acude a una combinación entre ellos.¹²

En tal sentido, se acude a la teoría del interés, de los sujetos, la denominada teoría del “*derecho obligatorio y del derecho dispositivo*”¹³, la del fin, la teoría de la patrimonialidad que concibe el Derecho privado actuando en la esfera de lo patrimonial y económico o la teoría del Derecho material y formal postulada en particular por parte de la doctrina italiana.

Como es sabido también, cada uno de los criterios distintivos, conlleva su respetiva crítica, al extremo que cuando se examinan los diversos textos, es común encontrar que cada autor luego de exponer el concepto de diferenciación, agrega el cuestionamiento correlativo.

⁵ Jürgen Habermas, Transformación estructural de la esfera pública. Investigaciones respecto a una categoría de la sociedad burguesa. 1984.

⁶ Anthony Giddens, Consecuencias de la Modernidad. Alianza Editorial. 2001.

⁷ Jacques Chevallier, Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique. 1998

⁸ Agustín Gordillo, La Administración Paralela. Cuadernos Civitas, 2001.

⁹ Adela Cortina: Ética Aplicada y Democracia Radical. Tecnos 1997.

¹⁰ Enseña Bobbio que es posible hablar correctamente de una dicotomía cuando nos encontramos frente a una distinción de la que se puede demostrar su idoneidad : a) para dividir un universo en dos esferas, conjuntamente exhaustivas, de forma que todos los entes de ese universo estén comprendidos en ellas, sin ninguna exclusión, y recíprocamente excluidos de forma que un ente comprendido en la primera, no puede estar simultáneamente comprendido en la segunda y b) para establecer una división, que es conjunto total en cuanto todos los seres a los que actual y potencialmente se refiere la materia tienen que estar comprendidos, y principalmente en cuanto tiende a que converjan en ella otras dicotomías que se vuelven secundarias respecto a la misma.

¹¹ Enrique Sayagués Laso, ob. cit. Pág. 19 y 20.

¹² Paolo Biscaretti di Ruffia. Derecho Constitucional, Editorial Tecnos Madrid 1987, pág. 136 y ss.

¹³ Algunos autores encuentran una coincidencia entre la distinción Derecho Público-Derecho Privado y la de *ius cogens* (derecho obligatorio) y *ius dispositivum* (derecho dispositivo)

3. LA NECESIDAD DE FORMULAR UN ENFOQUE DIVERSO.

Nosotros no vamos a ingresar en dicho ámbito, porque con ello no estaríamos aportando más que información, la cual con facilidad es posible encontrar en la bibliografía a la frecuentemente se recurre.

Se ha expresado por ello que la mencionada "*summa divisio*", constituye una de las cuestiones más manoseadas por la literatura jurídica de todos los tiempos, al extremo que Royo-Villanova¹⁴ citando a Hollinger, menciona alrededor de 104 criterios que intentan explicar la distinción.

Ello, por sí, resulta más que ilustrativo y justifica la interrogante acerca de si los innumerables elementos diferenciadores empleados, en rigor, pretenden mantener y explicar una clasificación que ha perdido relevancia, manteniendo sólo un valor dogmático.

Por tal razón, pretendemos examinar la distinción desde otra óptica, pero para ello es menester formular ciertas precisiones.

Hemos adelantado que la dicotomía es una especie de gran espacio donde convergen otros pares, tales como : a) Estado-Sociedad; b) gobernantes-gobernados; c) iguales-desiguales; d) ley y contrato y e) justicia distributiva-justicia conmutativa.

En su aspecto teórico e histórico en el Derecho romano, la distinción surgió como una manera de justificar la propiedad privada, en virtud de necesidades propias de la sociedad romana que reconocía, como instituciones principales según todos sabemos la familia, la propiedad y los testamentos.

Por tanto, es posible observar que en el Derecho romano se configuró en sus orígenes una primacía del Derecho privado, la cual luego se extendió al occidente durante unos cuantos siglos.

Como expresa Bobbio¹⁵ la primacía de un derecho sobre el otro, también genera una par dicotómico pero desde un plano axiológico.

En efecto, ambos términos de la antinomia, también asumen un sentido valorativo, y por tanto, cuando se le atribuye un significado valorativo positivo a lo público, por ejemplo, el segundo o sea lo privado, adquiere un sentido negativo y viceversa.

Ello es lo que precisamente ha acontecido en el devenir histórico, donde es posible advertir que las relaciones entre lo público y lo privado han transitado desde una perspectiva axiológica alternando la supremacía del uno sobre el otro y viceversa.

Entonces, más allá de las definiciones y de los criterios de diferenciación entre ambos derechos, nos interesa profundizar en la causa eficiente que explica el ser de la distinción y condiciona su existencia.

Pero aún desde una concepción de análisis que englobe la aludida división dentro del enclave Estado-Sociedad o desde el plano Estado-mercado o todavía política-economía, ello no significa que se desconozcan las soluciones que ha recogido el derecho positivo, el cual alude tanto al derecho público como al derecho privado.

Desconocerlo sería negar la realidad.

Si el ordenamiento jurídico recoge la distinción, es claro que la misma no puede negarse, pero nada impide que indagemos en su causa eficiente porque aún, cuando la división integre el derecho positivo, ello no supone que técnicamente sea exacta, máxime cuando el esfuerzo delimitador ha sido tan elocuente que lejos de arrojar claridad, ha instalado tanta perplejidad lo cual no ha acontecido con ninguna otra antinomia en el campo del Derecho.

Se podrá aseverar, que precisamente ella constituye la piedra angular, puesto que si no tenemos claros los criterios diferenciadores, mal podemos avanzar en el estudio de las instituciones jurídicas por cuanto carecemos del fundamento atento al cual verificamos su ubicación dentro del ordenamiento jurídico.

Y precisamente, esa es la primera conclusión la cual no por evidente puede dejar de expresarse.

A nuestro juicio, no existe fundamento técnico admitido por la Ciencia del Derecho, que permita concluir que la distinción se justifique, más allá del concepto de unidad del orden jurídico.

No dudamos en aceptar que el derecho es orden de la conducta humana, de la misma forma que el Estado también es orden que legitima el poder al que se encuentran sujetos los hombres.

Pero ocurre, que no admitimos en cambio examinar "*lo público y lo privado*" como expresiones aisladas que por ejemplo, inducen a otras nociones como : notorio, patente, vulgar, común, pero también "aplicase a la potestad, jurisdicción y autoridad para hacer una cosa, como contrapuesto a privado".¹⁶

¹⁴ Antonio Royo.Villanova, Elementos de Derecho Administrativo. Puesta al día por Segismundo Royo-Villanova, 1965.

¹⁵ Norberto Bobbio, Estado, Gobierno, Sociedad. Contribución a una teoría general de la política, 1987, pág. 20.

¹⁶ Diccionario de la Lengua Española, 21ª Edición, refiere a público. c.a. "del latín *publicus*. adj.

Como podrá observarse, si la noción aislada, no es suficiente – no obstante resultar un medio de indagación - tampoco puede prescindirse del otro vocablo que integra el concepto, lo que nos traslada a la idea misma de Derecho.

Pero allí se vuelven a reproducir las dudas cuando se pretende responder a la pregunta : ¿qué es el derecho?

Es la interrogante que desata como expresa Nino¹⁷ el mayor escozor y desorientación entre los juristas.

Con ello queremos destacar que si en el plano teórico la propia noción de Derecho genera posturas diversas, ello ya está marcando una dificultad de origen cuando además se pretende ingresar a las distintas disciplinas que lo integran por razón de especialización.

Entre otros motivos, tales complejidades han llevado a afirmar que en rigor es necesario no avanzar más allá de lo didáctico, reconociendo que con ello se simplifica el problema el cual queda reducido a una cuestión pragmática.

Paradójicamente, se reproducen las mismas cuestiones que se plantean cuando se ingresa a la dicotomía, público-privado.

Radbruch¹⁸ afirmó que los conceptos de Derecho público y Derecho privado no son conceptos jurídicos positivos que pudieran faltar sin inconvenientes en un orden jurídico positivo determinado, sino que preceden lógicamente toda experiencia jurídica y poseen validez previa a ésta, de donde son pues, conceptos jurídicos apriorísticos.

Stammler y Del Vecchio, aseveran también que existe un concepto de derecho que es anterior a cualquier dato jurídico-positivo, lo que nos hace penetrar en otro de los grandes temas de la filosofía jurídica : el Derecho natural.

En otro esfuerzo por distinguir el Derecho público del privado, se ha dicho que tal división se encuentra precedida de otra que diferencia entre el derecho como conjunto de normas y el derecho como ciencia, de donde se hace posible considerar la existencia de una ciencia del Derecho público por un lado y la ciencia del Derecho privado por otro.

Casualmente Cossio, autor de la teoría egológica, observa que no existe una filosofía del Derecho sino una Filosofía de la ciencia del Derecho que hace del tema ontológico una cuestión esencial.

Derecho natural y Derecho positivo, jusnaturalismo y positivismo, también tienen particular incidencia en la dicotomía, como acabamos de ver.

Hans Kelsen¹⁹, nos enseña que la Teoría pura del derecho constituye una teoría sobre el derecho positivo. Se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general y no de una teoría sobre un orden jurídico específico, y al caracterizarse como “pura” con respecto del derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico.

Messner²⁰ por su lado, asevera que el Derecho es el orden de las relaciones sociales que se encuentra en armonía con los fines existenciales del hombre.

Es más, para la doctrina iusnaturalista no puede haber duda acerca de que si el Derecho natural posee una relación estrecha con la naturaleza del hombre y su modo de operar es propio de su naturaleza, no puede existir a la larga evidentemente ningún orden jurídico y social positivo que no realice en medida considerable el Derecho natural. Por tanto, es indiscutible para Messner que el Derecho positivo encierra en sí mismo Derecho natural, aunque no en su plena realización, porque la ley natural cuando se positiviza, como ha sostenido siempre la doctrina tradicionalista del iusnaturalismo, se encuentra disminuida en su eficacia

En todo ello se encuentran por supuesto involucrados temas tales como el origen, esencia, condicionamiento histórico, social, y fin del Derecho los cuales son el objeto de estudio de la Filosofía del Derecho y la Teoría General del Derecho, entre otras disciplinas.

Entonces, si bien es claro en nuestro concepto que la distinción entre ambos derechos ha sido recogida por el ordenamiento jurídico positivo siendo empleada en diversos actos regla y se utiliza asimismo verbigracia en el orden de clasificación de los planes de estudio, tiene como toda acepción un significado fuera del ámbito del Derecho.

Pero también es claro que la base conceptual sobre la cual se apoyan los múltiples criterios diferenciadores para explicar la dicotomía, no conforma un fenómeno estático, sino que por el contrario, se modifica, adapta

¹⁷ Carlos Santiago Nino. Introducción al Análisis del Derecho. Ariel, 10ª edición, 2001, pág. 11.

¹⁸ Gustavo Radbruch, Filosofía del Derecho, pág. 16.

¹⁹ Hans Kelsen. Teoría Pura del Derecho, pág. 15 y ss.

²⁰ Johannes Messner Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural, pág.

o ajusta de acuerdo con la evolución de las instituciones jurídicas que integran cada una de esas disciplinas, en un contexto histórico determinado.

Ya no es posible aplicar la fórmula de Ulpiano en el mundo contemporáneo, porque a lo largo de los siglos se han producido cambios de tal trascendencia que cada vez se hace menos visible la ya delgada frontera existente entre los dos términos de la antinomia.

Por lo pronto, ello no puede constituir ninguna novedad porque como hemos expresado, la dicotomía representa una especie de polo de atracción donde convergen también otras antítesis tradicionales: Estado-Sociedad o política y economía; gobernantes y gobernados, iguales y desiguales, justicia distributiva y justicia conmutativa, las cuales configuran manifestaciones dinámicas sometidas por ende a transformaciones inherentes a la permanente búsqueda de bienestar a que se encuentra sometido el individuo.

En otra ocasión²¹ expresamos que cada “*modelo de Estado*” queda diseñado conforme al balance que tensiona el espacio de la libertad con el ejercicio de la libertad. Por consiguiente, los calificativos que acompañan cada modelo (liberal, social, de fomento, regulador, e providencia, de bienestar, etc.), trasuntan reacciones ante las demandas de la sociedad civil, de donde el relacionamiento se altera desde la visión del *Estado mínimo* y el ancho espacio de acción de la sociedad civil, pasando por un *Estado conformador del orden económico y social, que reduce la esfera de acción de la sociedad civil*, concluyendo en lo que algunos autores denominan “*el Estado de Justicia*”²² el “*Estado democrático social*” o el “*Estado subsidiario*”

Por tal motivo, desde el momento que aludimos a otros pares antitéticos, asumimos que se dan las condiciones que requiere Bobbio para configurar una dicotomía, según lo hemos señalado y, en especial el referido al Estado y la sociedad, razón por la cual lejos estamos de la concepción marxista-hegeliana que subsume la sociedad en el Estado y luego concluye en su desaparición

Dicha dualidad impide que se verifique la absorción de un término por el otro y viceversa. Por ello, ambos se requieren y complementan. Del modo cómo se instrumenten los requerimientos y verifiquen los complementos, dependerá que haya más o menos Estado, más o menos sociedad, o lo que es lo mismo: más o menos autoridad, más o menos libertad.

De suerte entonces, la antinomia derecho público-derecho privado, se vuelve polifacética, confluyendo en ella otras divisiones que impiden se pueda formular un estudio “*puro*” al estilo kelseniano, porque si algo ha quedado demostrado es que la dicotomía carece de una sustancia ontológica, a nuestro juicio razón inequívoca que justifica transitar por otros caminos.

Si el comienzo se trasunta a través de un acto volitivo del individuo que por responder a razones de conveniencia u oportunidad, no es neutro ni puede serlo y del cual emerge la regla de derecho, examinar su “*ser*” es conformarnos con el producto sin indagar en *su causa* y esa es una de las razones – no la única – que dificulta notoriamente la aceptación de cada uno de los criterios que se proponen.

4. MÁS ALLÁ DE LA IDEOLOGÍA JURÍDICA. LOS PARADIGMAS PROCEDIMENTALES.

Conforme con lo expuesto, nos parece evidente que la distinción entre el derecho público y el derecho privado no es posible explicarla a partir de la norma jurídica solamente, porque resulta imposible arribar a un concepto unívoco en razón del cual sea posible fundar la naturaleza de la diferenciación.

Thomas S. Kuhn,²³ destacando la gran dificultad para descubrir las reglas particulares que han guiado a la ciencia normal, desarrolla una teoría que tiene por objetivo demostrar las rupturas que se verifican en el desarrollo del pensamiento científico.

Entiende que el conocimiento científico no se desarrolla en forma lineal, de modo que la formación de un nuevo paradigma tiene el valor de romper con el pensamiento hegemónico anterior, mediante la creación de nuevos conceptos y preceptos que resultan consensualmente aceptados en un momento dado en una sociedad dada.

Por su lado Habermas, define al paradigma como las imágenes-modelo que una determinada comunidad jurídica asume a fin de determinar cómo pueden ser realizados los sistemas del derecho y los principios del Estado de Derecho en un contexto dado de una sociedad determinada.

²¹ Carlos E. Guariglia. Misión y Visión del Estado Contemporáneo. El reto de la responsabilidad. Pág. 236.

²² Adela Cortina, Ciudadanos del Mundo. Hacia una Teoría de la Ciudadanía. Editorial Alianza, Madrid, 2001, Pág. 84.

²³ Thomas S. Jun. La estructura de las revoluciones científicas. Brevarios. Fondo de Cultura Económica, pág. 85.

Y en tal sentido, distingue tres paradigmas de derecho: a) el derecho formal burgués; b) el derecho del Estado social y c) Estado democrático de Derecho al cual denomina paradigma procedimental del derecho.

Desde la visión paradigmática volvemos al Estado liberal burgués y al Estado Social de Derecho y es claro que si el Derecho Administrativo es parte del Derecho público, cumpliendo un rol instrumental, también su ámbito quedará delimitado por el modelo de que se trate. A mayor Estado, más Derecho Administrativo; a menor Estado, menos Derecho Administrativo.

Así ha sucedido históricamente.

Aludiendo a la dicotomía, Habermas expresa que desde el punto de vista dogmático se parte de la premisa de separación del Estado y la sociedad y se continuó con la referida distinción expresando que el objeto del derecho privado es organizar y despolitizar la sociedad económica e impedir la intervención del Estado, garantizando la libertad negativa de los sujetos jurídicos así como el principio de la libertad jurídica. En tanto el derecho público, al contrario fue el producto de una división de trabajo en la esfera del Estado autoritario perteneciente al "*Ancien Régime*" estableciendo un freno sobre la Administración que aplicaba prácticas de intervención. Pero al mismo tiempo, el derecho público actuaba para garantizar por esa vía la protección jurídica de los individuos.

Hannah Arendt²⁴, nos marcar el rumbo hacia el cual debe encaminarse la cuestión del título.

Luego de observar que la distinción entre la esfera privada y pública de la vida corresponde al campo familiar y al político, que han existido como entidades diferenciadas y separadas al menos desde el surgimiento de la antigua ciudad-estado, afirma que la aparición de la esfera social, que rigurosamente hablando no es pública ni privada, sino un fenómeno relativamente nuevo cuyo origen coincidió con la llegada de la Edad Moderna, cuya forma política la encontró en el concepto de nación-estado.

Y a continuación agrega: "lo que nos interesa en este contexto es la extraordinaria dificultad que, debido a este desarrollo, tenemos para entender la decisiva división entre las esferas pública y privada, entre la esfera de "*la polis*" y la de "*la familia*", y, finalmente, entre las actividades relacionadas con un mundo común y las relativas a la conservación de la vida, diferencia sobre la cual se basaba el antiguo pensamiento político, como algo evidente y axiomático."

"Para nosotros – continúa – esta línea divisoria ha quedado borrada por completo, ya que vemos el conjunto de pueblos y comunidades políticas a imagen de una familia cuyos asuntos cotidianos han de ser cuidados por una administración doméstica gigantesca y de alcance nacional...la emergencia de la sociedad –el auge de la administración doméstica, sus actividades, problemas y planes organizativos – desde el oscuro interior del hogar a la luz de la esfera pública, no sólo borró la antigua línea fronteriza entre lo privado y lo político, sino que también cambió acaso más allá de lo reconocible el significado de las dos palabras y su significación para la vida del individuo y del ciudadano."

El pensamiento de Arendt, nos conduce a la causa eficiente de la división.

5. DICOTOMÍA, SOBERANÍA Y GLOBALIZACIÓN

La tradicional concepción del Derecho como unidad, integrada por diversas disciplinas diferenciadas por razón de especialidad, aplicable a un conglomerado social, mantiene su valor, pero el Estado-nación que lo recubre y comprende se encuentra en franca decadencia.

Debilitado por el poder de las corporaciones transnacionales, así como de las organizaciones internacionales, fenómeno que se agudiza por los efectos que produce la globalización económica, el Estado-nación ha sufrido tal grado de erosión que ha concluido en una nueva realidad donde como expresa Ohmae²⁵, las fronteras se vienen abajo en un mundo sin fronteras, dando paso a una *civilización transfronteriza*.

El tradicional concepto de soberanía ya no es el mismo.

¿Es posible insistir en la dicotomía si como afirma Cassese²⁶, durante el último cuarto de siglo se han registrado cambios de tal significación que hemos pasado desde la soberanía estatal sobre la economía a la soberanía de la economía por sobre el Estado.?

¿Cómo es posible detenernos en la mención de los diferentes criterios que se han preconizado para distinguir el derecho público del privado, cuando la noción de soberanía vinculada al Estado-nación, se ha visto desplazada por la llamada *soberanía compartida que engloba niveles institucionales diversos, con un desa-*

²⁴ Hannah Arendt. La condición Humana, ob. cit. pág.

²⁵ Kenichi Ohmae, El fin del estado-nación. Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1997, pág. 15 y ss.

²⁶ Sabino Cassese. La Crisis del Estado. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, pág.63.

rollo descomunal del Derecho comunitario, donde las decisiones nacionales han quedado superadas por las supranacionales?

Podemos, como atenuante, admitir que los fenómenos descriptos no son propios de los países desarrollados y más bien afectan a los que se encuentran menos desarrollados, lo cual si bien es cierto, también tiene un grado de relatividad, porque en las naciones desarrolladas, operan las corporaciones transnacionales y vaya si tienen incidencia en la nueva sociedad del conocimiento.

Con acierto, enseña Brito²⁷ que la dicotomía transita y convoca hoy desde la perspectiva y el quehacer del desarrollo económico, inmerso en la globalización económica y el consiguiente reduccionismo jurídico al Derecho de las relaciones económicas, frecuentemente con visión economicista.

La globalización en su faz económica y como consecuencia del poder que paulatinamente ha ido perdiendo el Estado-nación, por la pérdida de su soberanía económica, ha derivado ya no en una amenaza sino en una notoria fragilidad del Derecho interno.

En efecto, asistimos al reduccionismo jurídico al que alude Brito, en beneficio de la economía cuántica que parece ya no es más una ciencia social al servicio del hombre, y quienes son sus mentores han olvidado las sabias palabras de Jouvenell cuando afirma: *“que la economía como ciencia es incapaz de explicar toda la realidad social, e incluso de dar cuenta de todos los fenómenos que se producen en su propio terreno... justifica la actividad reguladora de la Bolsa, pero no se preocupa de saber a qué temperamentos atrae ni qué caracteres desarrolla. Es una ciencia valiosa –acota –pero montada sobre una sicología falsa que considera al hombre como una masa puntual movida por la sola fuerza del interés.”*²⁸ De ahí, que el punto de vista economicista sea el último desde el que se perciben las desarmonías sociales. Éstas tienen que afectar a las adaptaciones cuantitativas para que el economista las tome en consideración.

Pero además, todo ello ha afectado al Derecho en general y al Derecho Administrativo en especial en tanto el Derecho administrativo interno ha seguido la misma suerte que el Estado-nación, el cual en su proyección globalizadora tiene un alcance político-institucional como vimos y en la medida que el procedimiento interno de producción de las normas jurídicas, se ha visto desplazado por un ordenamiento jurídico supranacional, con particular incidencia de las corporaciones transnacionales, que a la vez ha permitido el surgimiento de la denominada *“regulatory competition”*, fenómeno nacido como producto de la adaptación del derecho interno de determinados países a las exigencias provenientes de tales organizaciones. A su vez, tal adaptación, es el paso previo a fin de que luego sea posible producir una verdadera competencia entre ordenamientos jurídicos nacionales.

Que lejana nos parece la añeja polémica acerca de los criterios que justifican la dicotomía si leemos el Artículo I-12 del Proyecto de Constitución para la Unión europea: *“Cuando la Constitución atribuya a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión.”*

Hoy, la huída es del Derecho interno sujeto a la globalización económica, cultural, social, y político-institucional, donde el mismo concepto de Estado de Derecho ha asumido una nueva dimensión tal cual asevera Chevalier: *“ se ha forjado una nueva doctrina del Estado de Derecho, una doctrina que, librándose radicalmente de las doctrinas construidas por los juristas y de las expresiones del Derecho positivo, utiliza el concepto de Estado de Derecho para definir y caracterizar un tipo particular de Estado y contribuye al mismo tiempo a asegurar su legitimidad. El concepto de Estado de Derecho no es en efecto en esta perspectiva, un simple referente histórico, sino más bien, un potente operador ideológico: su buena fundamentación, dependerá del grado de su sujeción al derecho.”*²⁹

Pero además – se ha dicho – la posmodernidad significa que todo derecho es relativo, que existe una heterogeneidad y complejidad de fuentes creadoras de normas jurídicas y que se impone el pragmatismo, la flexibilidad y la adaptación.

Se comparta o no tal aserto, la realidad nos muestra un mundo cambiante al extremo que las mutaciones sociales son tan vertiginosas, que a veces ni siquiera son advertidas por el Derecho y cuando lo son, las mismas se han transformado nuevamente.

Entonces no es el momento de preocuparse por la dicotomía sino de otras cosas.

²⁷ Mariano Brito, *¿Derecho Público y Derecho Privado?, Opción Adversativa o Regulación Concurrente*, en *Derecho Administrativo. Su permanencia- Contemporaneidad- Prospectiva*, Universidad de Montevideo Facultad de Derecho año 2004, pág. 273

²⁸ Bertrand De Jouvenel. *Sobre el Poder. Historia natural de su crecimiento*. Unión Editorial, pág. 475.

²⁹ Citado por Juan-Cruz Alliaranguren. *Monografías. Derecho Administrativo y Globalización*. Civitas, 2004, pág.164.

Asistimos a una coexistencia “local” y “global”, como le llama Pareja Alfonso³⁰, donde antes que nada debemos de comprender la realidad para luego entender su regulación. Se dirá que esto ha sido siempre así. No lo dudamos. Pero los fenómenos actuales son distintos porque si siempre ha estado en juego la dignidad del hombre, hoy con mayor razón debemos permanecer alertas.

Lipovetsky³¹, nos dice que el hombre está inserto en la “*edad del deslizamiento*” y sometido a otros retos que involucran sus hábitos de vida, generando un individualismo exacerbado que en confluencia con el consumismo masivo modela el surgimiento de una nueva lógica que en las sociedades democráticas avanza denominada *proceso de personalización*.

La cuestión no reside en distraernos con la distinción, sino entender que en el mundo contemporáneo, la línea divisoria entre ambos derechos es cada vez menos visible.

El derecho interno no ha sido ajeno a todo este proceso

El paradigma estatal correspondiente a cada tipo estatal ha incidido en la dimensión del Derecho administrativo interno y externo como hemos visto.

Nuestro Derecho administrativo no fue ajeno a todo este proceso y así lo público y lo privado, lo estatal y lo no estatal han sido objeto de significativos estudios desde que Sayagués acuñara la categoría de la persona jurídica pública no estatal.

A partir de allí, en forma pacífica se superó el criterio que identificaba los conceptos de persona pública con estatal, razón por la cual se comenzó a distinguir entre personas públicas y privadas, así como entre personas estatales y no estatales.

Se afirmó entonces que la división entre personas públicas y personas privadas, no puede fundarse en su calidad de estatal o no, sino que debe estarse al régimen jurídico que las rige, de donde si se rigen principalmente por el Derecho público, serán públicas; por el contrario, si su regulación corresponde primordialmente al Derecho privado, serán privadas.³²

Por el contrario, la división entre personas jurídicas estatales y no estatales, se vincula con su pertenencia o no a la organización jurídica de la colectividad, que por ende comprende a todas las entidades estatales cualquiera sea su categoría, concepto que recoge una de las tres acepciones asignadas a lo estatal.

Obsérvese, que la diferenciación entre personas públicas y privadas no obedece a un criterio tajante donde lo público desplaza totalmente a lo privado o a la inversa, lo privado prevalece en forma absoluta sobre lo público.

Puede haber – y en los hechos existe – que la persona jurídica se encuentre regulada por el derecho público, pero también la misma admita una zona de aplicación del derecho privado y viceversa.

Por consiguiente, no se trata de un concepto exclusivo ni excluyente, sino en todo caso complementario, todo lo cual depende del contexto histórico en el cual se desarrolle el paradigma estatal.

La tipología que elabora Delpiazzo,³³ en nuestra opinión recoge esta característica cuando formula con toda claridad la distinción entre : a) entidades públicas estatales; b) entidades públicas no estatales; c) entidades privadas estatales y d) entidades privadas no estatales.

Lo mismo, puede afirmarse en relación con las sociedades de economía mixta en sus dos modalidades de acuerdo con la descripción del art. 188 de la Constitución.

En especial, la participación del Estado³⁴ en emprendimientos de carácter privado que perfila la figura de la sociedad de economía mixta de derecho privado, es otra muestra de la debilidad de que adolece la diferenciación.

Más recientemente, las llamadas figuras asociativas, conforman otro ejemplo en tanto que diversos entes del dominio industrial y comercial del Estado, pueden adquirir acciones de sociedades anónimas, asumiendo todo o parte del paquete accionario, constituyendo una verdadera conjunción de aportes provenientes de fondos públicos con recursos de entidades privadas.

Incluso, el artículo 138 del TOCAF refiere a los Organismos, Servicios o Entidades no estatales que perciban fondos públicos o administren bienes del Estado, locución que por su amplitud por lo menos genera la duda acerca si sólo resulta comprensiva de las personas públicas no estatales.

³⁰ Luciano Pareja Alfonso: Crisis y Renovación en el Derecho Público, pág. 15.

³¹ Gilles Lipovetsky, La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo. Anagrama, pág. 13.

³² Enrique Sayagués Laso, Criterio de distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas, en Rev. de Derecho Público y Privado, Año VIII, Nro. 83, pág. 259 y ss.

³³ Carlos E. Delpiazzo, Actividad Empresarial del Estado, en Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Tomo VII N° 39, pág. 213 y ss.

³⁴ No ingresamos a la cuestión del significado del vocablo Estado asignado por el constituyente.

Por consecuencia, ya sea se tome el criterio de la norma reguladora, como la pertenencia o no al Estado, las combinaciones que surgen de ambos criterios, no hacen más que reducir la frontera entre lo público y lo privado.

En resumen:

1. Los cambios estructurales acaecidos en las sociedades, por su trascendencia innovadora potenciada ésta por el fenómeno de la mundialización, torna imposible investigar el fenómeno jurídico en forma aislada, marginado del resto de los hechos sociales con sus connotaciones políticas, económicas y por supuesto éticas.
2. La dicotomía históricamente, se encuentra imbuida de atributos axiológicos que evidencian la supremacía del uno sobre el otro de acuerdo con los contextos socio-políticos existentes: la primacía en determinada época de lo privado sobre lo público y viceversa.
3. Ella es el polo convergente de otras divisiones tradicionales : Estado- Sociedad; gobernantes-gobernados- igualdad-desigualdad- justicia distributiva-justicia conmutativa, en fin, política-economía, lo que reafirma el aserto realizado en apartado 1.
4. No está demostrado técnicamente a nuestro juicio que la distinción sea exacta. Si Hollinger encontró 104 criterios diferentes, ello es prueba por demás suficiente para demostrar su imprecisión.
5. Si la distinción tiene además un carácter histórico pero además contingente, resulta prácticamente imposible demarcar una frontera que nos permita afirmar a priori que para determinada sociedad en un momento histórico también determinado ciertas materias serán regidas por uno u otro derecho. Y a posteriori, habrá que examinar el grado de entrecruzamiento entre ambos derechos a fin de determinar su nivel de primacía.
6. Es claro que el Derecho positivo emplea ambas categorías. Ante tal realidad, sólo es posible intentar una caracterización acudiendo a determinados institutos que no se conciben sino formando parte del Derecho público y tal será el caso de aquellas relaciones en que participe el Estado considerado como comunidad.
7. Detenerse en los criterios de diferenciación es una tarea inocua. La discusión previa refiere al surgimiento del nuevo derecho o derecho posmoderno. Sus implicancias desbordan la división tradicional conformando una respuesta a nuevas necesidades : mayor participación a través del ejercicio de una ciudadanía ética; más justicia ; más eficacia en el ámbito de una economía de mercado triunfante pero que ha dado lugar a otra dicotomía más trascendente : libertad-necesidad.
8. La línea divisoria entre ambas ramas del Derecho es cada vez menos visible, razón por la cual los criterios de distinción mantienen solamente un interés didáctico pero no esencial , en tanto se carece de un fundamento ontológico aceptable.
9. Para ello, han incidido de manera crítica la acción de las corporaciones transnacionales, y la globalización económica, social, cultural, política-institucional, financiera, etc. La dependencia de los países de menor desarrollo con los organismos multilaterales de crédito y organizaciones internacionales que por añadidura sólo disponen de una legitimación democrática indirecta producto de los Estados que forman parte de ella.
10. Se ha producido el fin de la soberanía económica del Estado. En su lugar, ha prevalecido la soberanía de la economía sobre el Estado.
11. La cuestión no está en detenerse en los criterios diferenciadores de la dicotomía, aceptados o no, sino en comprender los cambios estructurales formidables que han transformado al Derecho y por supuesto al Derecho administrativo, como consecuencia de la extinción del Estado-nación.
12. Rudolf Von Ihering, lo expresó con genial sabiduría : el Derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis: el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además demostrar el camino que a él conduzca.
13. Si el Derecho cambia, ello también debe suceder con el Derecho Administrativo, propiciando como lo hace Brito por ejemplo la necesaria revisión de categorías del Derecho Público afirmadas desde el ángulo de la emisión de una voluntad imperativa y obligatoria.³⁵
14. Es menester plantearse cómo adaptar el Derecho Administrativo a la nueva realidad: ¿en un mundo globalizado, es posible un Derecho administrativo global?
15. Por lo pronto, hay material suficiente: el calentamiento del planeta, la contaminación ambiental, el debilitamiento de la capa de ozono, etc.

³⁵ Mariano Brito, ob. cit. pág. 282.

16. Y habrá que ponerse de acuerdo ante el derecho posmoderno y global respecto a la forma cómo articular sus relaciones, sujetos, competencias, naturaleza de sus actos, validez y eficacia, responsabilidad. Un ejemplo ilustrativo es el proyecto de Constitución de la Unión Europea.
17. Asistimos a un nuevo equilibrio entre el Estado y la sociedad por lo dicho supra. Los cambios tecnológicos son vertiginosos, la consolidación de la sociedad del conocimiento nos enfrenta a nuevos desafíos que nos conducen de nuevo a la interrogante: ¿cual Estado Social de Derecho ? No es lo mismo el Estado Social de las naciones desarrolladas que el de las de menor desarrollo, la mayoría asfixiadas por su deuda externa.
18. La dicotomía en términos crudos pero realistas es : eficacia-ineficacia y todo ello sin menoscabar la democracia porque el exceso de autoridad mata a la libertad y el desborde de la libertad conspira contra los derechos fundamentales del hombre y termina fulminando al Estado.
19. La antinomia planteada en términos históricos, transforma la ambivalencia en utopía.

LA COMPARTIMENTACIÓN DE MERCADOS EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL (DERECHO DE COMERCIALIZACIÓN, AGOTAMIENTO E IMPORTACIONES PARALELAS)

PABLO WEGBRAIT

Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente ayudante en la Cátedra UNESCO de Derecho de Autor a cargo de la Dra. Delia Lipszyc y en la Comisión de Derecho de Patentes a cargo del Dr. Jorge Alberto Kors, ambas pertenecientes a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Este trabajo fue terminado gracias a una beca de investigación del Instituto Max Planck de Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia y Derecho Tributario de Munich, Alemania. Agradezco la ayuda de los Dres. Delia Lipszyc, Carlos Correa y Eli Salis para la obtención de la beca. Agradezco asimismo a la Dra. Beatriz Conde Gallego (del Instituto Max Planck) el haberme facilitado gran cantidad de material para la realización del presente trabajo.

SUMARIO

LISTA DE ABREVIATURAS. PRÓLOGO. I. PARTE GENERAL. II. PARTE ESPECIAL.
III. RÉGIMENES LEGISLATIVOS. IV. CONCLUSIONES. V. REFLEXIÓN FINAL PERSONAL

LISTA DE ABREVIATURAS

- Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio – Acuerdo ADPIC, ADPIC o Acuerdo.
- Área Económica Europea – AEA.
- *Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle* – AIPPI.
- Decreto Reglamentario 260/96 de la Ley de Patentes – DR.
- Directiva del Consejo (89/104/CEE) de 21 de diciembre de 1988 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas – DM.
- *European Free Trade Association* (Asociación Europea de Libre Comercio) – EFTA.
- *General Agreement on Trade and Tariffs* (Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio) – GATT.
- *International Review of Industrial Property and Copyright Law* – IIC.
- Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad N° 24.481, modificada por la Ley N° 24.572, t.o. 1996. – LP.
- Organización Mundial del Comercio – OMC.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI.
- *Patent Cooperation Treaty* (Tratado de Cooperación en Materia de Patentes) – PCT.
- Propiedad Industrial o Intelectual – PI.
- Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor – TODA.
- Tratado de la OMPI sobre Interpretación, Ejecución y Fonogramas – TOIEF.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas – TJCE.
- Unión Europea – UE.

PRÓLOGO

El presente trabajo consta de una parte general, una especial y una dedicada a los regímenes legislativos, culminando con mis conclusiones y una reflexión final personal.

En la parte general brindo una breve explicación de las características de la propiedad intelectual desde el punto de vista económico y me refiero al denominado riesgo de “compartimentación de mercados”. Luego explico qué son las importaciones paralelas y cómo afectan al público consumidor, como puente para la introducción del agotamiento del derecho.

En la parte general me refiero además al agotamiento del derecho en lo referido a marcas, patentes y derecho de autor. Ello no implica que no podrían producirse casos de agotamiento e importaciones paralelas en torno a otros derechos de propiedad intelectual o industrial (que de hecho han tenido lugar),¹ sino que por razones de brevedad me referiré a los mencionados derechos, donde el tema ha tenido mayor cabida.

En la sección dedicada a los regímenes legislativos hago especial referencia a la UE, donde se han dictado la mayor cantidad de sentencias sobre el tema debido a las propias características del mercado interno. Excedería largamente el propósito de este trabajo tratar todas las sentencias dictadas por el TJCE en casos de agotamiento, por lo que sólo he tratado las que he considerado más relevantes. Acto seguido, me refiero a la forma en que ha sido recogido el agotamiento en el Acuerdo ADPIC y cómo debe interpretarse la falta de una toma de posición expresa (o si realmente debe interpretarse que el Acuerdo no adoptó una posición). Finalmente me refiero al Pacto Andino, al Mercosur y a nuestro país.

En las conclusiones explico por qué considero que es preferible el agotamiento internacional y, a título de cierre, he incluido una reflexión final personal.

A lo largo del presente trabajo utilizaré la expresión “PI” – abarcando tanto la propiedad industrial como la intelectual – haciendo específica referencia a la propiedad industrial o derechos de autor cuando sea necesario. Además, en muchas partes del presente trabajo hago referencia a “productos” o “productos protegidos por derechos de PI” abarcando productos protegidos por marcas, patentes y derechos de autor. Si bien sería más correcto – en el caso de los derechos de autor – hacer referencia a “obras” en vez de productos, he elegido esta última expresión genérica para evitar “agotar” al lector (valga la redundancia en el contexto de este trabajo) con explicaciones demasiado largas. En los casos en que hago referencia exclusivamente al derecho de autor utilizo la palabra “obras”.

Algunas de las fuentes utilizadas en el presente trabajo hacen referencia al “*copyright*”, que he traducido como “derecho de autor”, lo cual no implica desconocer las diferencias entre ambos conceptos.²

I. PARTE GENERAL

A) Introducción. Características particulares de la PI

Los bienes protegidos por derechos de PI tienen dos características que los diferencian de los bienes materiales: las características de bien público y de no exclusión.

La característica de bien público significa que los bienes protegidos por derechos de PI pueden ser usados por varios consumidores sin disminuir el goce de los demás. La no exclusión significa que los bienes que nos ocupan pueden ser fácilmente copiados y que el costo de producción de unidades adicionales puede llegar a ser bastante bajo; por ello, existe un riesgo de *free riding*³ y piratería con la posible consecuencia de que estas dificultades causen una falta de interés en desarrollar bienes susceptibles de ser protegidos por derechos de PI.⁴

¹ De todas formas, no se me ocurre ningún caso de agotamiento en torno a nombres de dominio. Este podría ser el único supuesto donde no se presentaría un caso de agotamiento e importaciones paralelas, probablemente debido a que en el ámbito de los nombres de dominio no existen bienes tangibles. Considero que en los casos en que un nombre de dominio sea puesto en un producto, estaríamos ante un uso a título de marca.

² Ver en tal sentido Lipszyc, Delia; “Derecho de Autor y Derechos Conexos”; Ediciones UNESCO / CERLALC / ZAVALIA; 1993; pág. 39 y ss.

³ Se dice que los importadores paralelos terminan “montándose” (*free riding*) sobre los esfuerzos de publicidad y comercialización de la denominada “red oficial” del titular del derecho de PI y, como consecuencia, puede ocurrir que determinadas empresas no acepten suministrar a los mercados donde rige el llamado “agotamiento internacional” (concepto explicado más adelante), por lo que se sugiere que éste puede terminar desalentando las inversiones extranjeras. V. Jarry, Allan; “*International Exhaustion of Patent Rights in Chile*”; Edición por el 40° aniversario del Estudio Barbat & Cikato; Montevideo, Uruguay; 2002.

⁴ Vautier, Kerrin M; “*Economic Considerations on Parallel Imports – Chapter 1*” en “*Parallel Imports in Asia*”; Ed. Christopher Heath; Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law; Kluwer Law International; 2004; pág. 2.

Las características anteriormente mencionadas tienen que ver con la actual relación que se establece entre los derechos de PI y el comercio, resultado de la convergencia entre las teorías de Adam Smith y Schumpeter.⁵

Al primero de ellos, debemos el conocido principio de la “mano invisible”, según el cual el mercado, puesto a actuar sin restricciones, gobierna por sí mismo las relaciones entre oferentes y demandantes; al principio de la mano invisible subyace la idea de que toda interferencia ajena al mercado va a impedir una óptima distribución de los recursos. Asimismo, Smith formuló el conocido principio de la especialización del trabajo: a mayor especialización, es posible alcanzar mayores habilidades y procesos de producción más especializados.⁶ La teoría de Adam Smith supone un estado de competencia perfecta, es decir, un mercado compuesto de productores y consumidores de tamaño similar, ninguno de los cuales puede ejercer una influencia predominante, y fue cuestionada y enriquecida por los aportes de Schumpeter, quien sostuvo que en realidad la innovación – si bien es ayudada por la especialización del trabajo – tiene lugar gracias a la existencia de grandes corporaciones que concentran grandes recursos y gracias a las cuales dicha innovación tiene lugar. Asimismo, Schumpeter propuso que el motor del crecimiento estaba dado, no por la mayor disponibilidad de factores de producción – como más extensión de tierras o aumento poblacional – sino por el avance tecnológico. Finalmente, de acuerdo con la teoría Schumpeteriana, las economías capitalistas avanzan gracias a un proceso de “destrucción creativa” mediante el cual los viejos productos y procesos son reemplazados por los nuevos.⁷

En función de lo anterior, podemos decir que el sustento actual de los derechos de PI está fundamentado en la idea Schumpeteriana de la existencia de monopolios que gracias a la concentración de recursos permiten la innovación y creatividad, combinada con los beneficios de la competencia según fuera defendida por Adam Smith.⁸ En términos económicos, podemos afirmar que el reconocimiento de derechos de PI implica una compensación entre ineficiencia y eficiencia: permitiendo cierta ineficiencia a corto plazo a raíz de la menor competencia que resulta de la existencia de derechos de PI, la eficiencia y crecimiento a largo plazo de una economía se verán realizados a través de nuevas inversiones en creatividad e innovación, lo cual traerá aparejado bienes y servicios de menor precio y mayor calidad.⁹

De acuerdo con Abbott, son diferentes los fundamentos para la protección de cada derecho de PI. La concesión de una patente está justificada principalmente por una expectativa de promover la innovación, estimulando de esta forma el crecimiento económico y el bienestar social. El derecho de autor tiene como propósito fundamental suministrar apoyo económico y moral a los artistas y, a través de sus esfuerzos, mejorar al ser humano. La protección marcaría tiene como propósito proteger los intereses de los consumidores asegurándoles una identificación precisa del origen de los productos y también puede tener como función proteger las inversiones en *goodwill* de los productores.¹⁰

B) El riesgo de compartimentación de mercados

La “compartimentación de mercados” es un fenómeno que puede producirse debido al carácter territorial de las leyes de propiedad industrial. En otras palabras, cuando un Estado concede una marca o una patente, está en realidad concediendo un monopolio de explotación; en el caso de las marcas, dicho monopolio abarca un signo distintivo y, en el caso de las patentes, a una innovación que implica un salto cualitativo en el estado de la técnica conocida hasta ese momento. Distinta es la situación en lo que al derecho de autor se refiere dado que en ese caso los derechos no nacen del registro – como ocurre con los derechos de propiedad industrial – sino que surgen del acto mismo de creación del autor, aunque el riesgo de compartimentación también se encuentra presente en este caso.

⁵ Barfield, Claude E. – Groombridge, Mark A., “*The Economic Case for Copyright Owner Control over Parallel Imports*”; *The Journal of World Intellectual Property*; vol. 1; noviembre de 1998; N° 6; Werner Publishing Company Ltd.; pág. 911.

⁶ Las ventajas de la especialización del trabajo son obvias: si, por ejemplo, cada uno de nosotros tuviera que ser productor de todo lo que consume tendríamos que dedicar el día a fabricar gran cantidad de bienes y “prestarnos” diversos servicios, sin poder alcanzar gran especialización ni eficiencia en ningún ámbito. Si optamos por la especialización del trabajo, sólo nos concentramos en un aspecto como actividad principal, recurriendo al mercado para adquirir los demás productos y servicios que necesitamos. La especialización permite alcanzar un siempre creciente grado de perfeccionamiento. A esta altura del sistema capitalista, las ventajas de la especialización son incuestionables y forman la base misma del sistema.

⁷ Barfield, Claude E. – Groombridge, Mark A., ob. cit.; pág. 911.

⁸ Id.; pág. 912.

⁹ Id.; pág. 912.

¹⁰ Abbott, Frederick M.; “*First Report (Final) to the Committee on International Trade Law of the International Law Association on the Subject of Parallel Importation*”; *Journal of International Economic Law*; vol. 1, N° 4; diciembre de 1998; pág. 612.

Dado que el titular de un derecho de PI es el único que puede en él o los territorios que abarca su derecho, explotar – o autorizar a terceros a que exploten – su derecho de PI, existe el peligro de que “compartmente” los mercados en los que goza de derechos exclusivos fijando precios excesivos para los productos protegidos.

El peligro mencionado fue advertido hace más de un siglo en Alemania desarrollándose la doctrina del agotamiento, en virtud de la cual una vez que el titular de un derecho de PI ha obtenido provecho por la “primera venta” de su producto protegido – por sí o por un tercero autorizado a su comercialización – su derecho se “agota” no pudiendo obstaculizar la futura comercialización del producto.¹¹ En otras palabras, cuando el producto protegido, en virtud de su puesta lícita en el comercio por el titular del derecho o por un tercero autorizado a su comercialización ha salido de la órbita del titular, no hay nada que éste pueda hacer para obstaculizar las posteriores ventas de dicho producto protegido (siempre que éstas sean lícitas). En forma concordante se ha expresado que “*El “Agotamiento” significa que todos los derechos de propiedad intelectual sobre el producto quedan agotados por la primera comercialización de éste con el consentimiento del fabricante. En este sentido, el fabricante original pierde control sobre el producto en tanto no puede controlar su ulterior distribución y comercialización, y por tanto no puede atar a los licenciarios y fijar precios minoristas mediante la fragmentación geográfica de mercados.*”¹² Según Abbott, propugnar la ausencia del agotamiento implica una importante pretensión de los titulares de los derechos de PI: que el valor de proteger la PI a nivel nacional y regional excede el valor de la liberalización del comercio entre naciones y regiones.¹³

C) Las importaciones paralelas

El tema que nos ocupa surge a raíz de las denominadas importaciones paralelas (o “importaciones grises” como también se las denomina de forma despectiva), que tienen lugar cuando una persona física o jurídica – no relacionada con el titular de un derecho de PI – importa productos protegidos desde un mercado donde dichos productos se comercializan a un precio inferior para su reventa en un mercado de precio superior. Dicho de forma muy simple: donde no existen diferencias de precios, no existen importaciones paralelas.

Las importaciones paralelas suponen la existencia de una “red oficial” montada por el titular del derecho de PI para la comercialización del producto, y de los importadores paralelos, que operan al margen de esa red.

El debate sobre si permitir o no las importaciones paralelas surge de dos principios opuestos: el de universalidad y el de territorialidad. Según el principio de universalidad, el mundo es un mercado uniforme y la segmentación de mercados perjudica a los consumidores. Al principio de territorialidad subyace la idea de que el mundo aún está dividido en entidades nacionales y regionales con sistemas legales, economías, costumbres, lenguas y prácticas comerciales diferentes. El principio de territorialidad supone que existen mercados imperfectos y que las variaciones de precios se deben a una serie de factores como, por ejemplo, diferencias en la demanda o impuestos locales, diferentes regulaciones y precios de fabricación y distribución, diverso desarrollo de las infraestructuras y variadas obligaciones internacionales.¹⁴

Bale señala algunas de las razones que pueden dar lugar a las diferencias de precios que son a su vez las causantes de las importaciones paralelas: (1) la diferente situación de los derechos de PI en diversos países (por ejemplo, un producto cuya patente está vigente en algunos países y no en otros de forma tal que la competencia de los fabricantes de productos no patentados ocasiona una tendencia de los precios hacia la

¹¹ Según Moncayo, ya en el año 1902 la Corte Suprema Alemana brindó la siguiente definición del agotamiento: “*El efecto de una patente reside en el hecho de que domésticamente nadie excepto el titular de la patente (y las personas por él autorizadas) puede fabricar el producto o ponerlo en el comercio. Con ello, sin embargo, el efecto de la patente ha sido agotado. Si el titular de la patente fabrica el producto y lo coloca en el mercado dentro de su derecho a proscribir la competencia de terceros, éste ya ha gozado de las ventajas que una patente le otorga extinguiendo así sus derechos. Una patente no le otorga a su titular el derecho a prescribir las condiciones bajo las cuales el comercio entre sus productores tendrá lugar*”; en “Derecho de Patentes, El Nuevo Régimen Legal de las Invenciones y los Modelos de Utilidad”; Ediciones Ciudad Argentina, 1996; Coordinador: Carlos Correa; Capítulo III: “El Nuevo Régimen de Patentes de Invención: Extensión y Límites a los Derechos”, Moncayo von Hase, Andrés; págs. 143/4.

¹² Stamatoudi, Irimi A. y Torremans, Paul L.C.; “*International Exhaustion in the European Union in the Light of “Zino Davidoff”: Contract versus Trade Mark Law?*”; *International Review of Industrial Property and Copyright Law (IIC)*; vol. 31 N° 2/2000; pág. 136.

¹³ Abbott, Frederick M.; “*Second Report (Final) to the Committee on International Trade Law of the International Law Association on the Subject of the Exhaustion of Intellectual Property Rights and Parallel Importation*”; presentado en Londres en julio de 2000 durante la 69na. Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional; pág. 13.

¹⁴ Barfield, Claude E. – Groombridge, Mark A.; ob. cit.; págs. 907/8.

baja en los países donde el plazo de protección expiró); (2) diferencias de cambio o en las tasas de inflación, de forma tal que los precios de determinados mercados nacionales no alcanzan el nivel del mercado internacional; (3) diferencias de precios atribuibles a regulaciones nacionales que mantienen controlados los precios de un determinado producto en diferentes niveles; (4) diferencias en gustos e ingresos *per capita* a nivel nacional, que se reflejan en diferencias de oferta y demanda a través de las fronteras; (5) diferentes estrategias de comercialización y venta de los titulares de derechos de PI y variaciones en los volúmenes de venta en los diferentes mercados; (6) el descuento o donación de un número sustancial de productos destinados a países en vías de desarrollo a través de acuerdos con los gobiernos de dichos países, organismos de la Organización de Naciones Unidas como la Organización Mundial de la Salud u organizaciones privadas de caridad; y (7) diferencias en sistemas regulatorios, de responsabilidad por la fabricación de productos y en los sistemas impositivos.¹⁵

También podemos decir que las importaciones paralelas se ven estimuladas por las condiciones de demanda. La demanda puede ser elástica (cuando las variaciones de precios afectan la demanda de un determinado producto) o inelástica (cuando las variaciones de precios no afectan la demanda de un determinado producto). En la realidad, es difícil que se verifiquen condiciones de demanda perfectamente elástica o inelástica; es decir, la demanda de todos los productos varía en mayor o menor grado de acuerdo con los precios. Obviamente, los titulares de derechos de PI tienden a aprovechar estas variaciones de precios entre los diferentes mercados a fin de maximizar sus beneficios y, por ello, tienen interés en segmentar mercados y promover las restricciones gubernamentales a las importaciones paralelas.¹⁶

Cabe preguntarse si corresponde establecer una diferenciación entre productos de demanda elástica o inelástica a los fines de las importaciones paralelas. En otras palabras, ¿Puede ocurrir que los productos de demanda inelástica sean importados en forma paralela con más frecuencia? o, por el contrario, ¿Puede ocurrir lo propio con productos de demanda elástica? En mi opinión, no cabe establecer una distinción en este sentido ya que los medicamentos (un ejemplo de producto de demanda inelástica ya que en muchos casos son esenciales para la salud humana) son muy frecuentemente objeto de importaciones paralelas, mientras que un producto de lujo como los perfumes (que ya calificamos como de demanda elástica; v. nota al pie N° 17) puede asimismo ser objeto de importaciones paralelas si los precios entre diferentes mercados varían en forma sustancial. En otras palabras, el concepto de elasticidad de demanda puede ser útil para explicar las condiciones que dan pie a las importaciones paralelas, pero no permite clasificar el tipo de producto susceptible de ser importado de tal forma.

Los titulares de derechos de PI van a tender a cobrar precios más altos en los mercados donde la demanda es relativamente inelástica, y precios más bajos donde la demanda es relativamente elástica.¹⁷

Podemos resumir las dos posiciones básicas que existen en torno al agotamiento y las importaciones paralelas de la siguiente forma:

– Por un lado, están quienes opinan que las importaciones paralelas deben ser admitidas. La contracara de esta posición es que el agotamiento del derecho debe ser internacional. De acuerdo con esta postura, si las importaciones paralelas se restringen – es decir, si se considera que el derecho no se agota internacionalmente – los titulares de derechos de PI tendrán la posibilidad de controlar la comercialización de sus productos protegidos más allá de la primera venta. En otras palabras, un escenario donde las importaciones paralelas se encuentran prohibidas permite al titular extender su derecho a la *distribución* de los productos, sin limitarse simplemente a ir contra quienes fabrican o comercializan productos falsificados. Lo anterior trae como resultado que los titulares de derechos de PI “compartimenten” los diferentes mercados nacionales cobrando en cada mercado el máximo precio posible *por el mismo producto*, que muchas veces excede largamente el precio que sería suficiente para que el titular obtenga una ganancia. Los defensores de esta postura consideran que dichas diferencias de precio sólo se explican en función de un deseo de los titulares de derechos de obtener rentas desmedidas y que los gobiernos deben permitir que los precios internacionales alcancen un equilibrio – gracias a las importaciones paralelas provenientes de mercados de precios inferiores a mercados de precios superiores – beneficiando al mismo tiempo a los consumidores. Al mismo tiempo, se beneficiaría

¹⁵ Bale, Harvey E., Jr.; “*The Conflicts between Parallel Trade and Product Access and Innovation: The Case of Pharmaceuticals*”; *Journal of International Economic Law*; 1998; Oxford University Press; pág. 639. En el punto 5, Bale se refiere en realidad a las diferentes estrategias de comercialización y venta de los titulares de patentes pero, en nuestra opinión, el razonamiento puede ser trasladado a todas las categorías de derechos de PI.

¹⁶ Vautier, Kerrin M.; ob. cit.; pág. 3. Un ejemplo de demanda inelástica es la leche (como es un producto importante para la salud humana, una variación en el precio no modificará el consumo en forma significativa); un ejemplo de demanda elástica es el perfume (al ser un producto cosmético no esencial, una variación en el precio seguramente modificará el consumo. Por ejemplo, si el precio de los perfumes sube, los consumidores seguramente comprarán menos perfume o buscarán productos sustitutos).

¹⁷ Id.; pág. 3

a los países subdesarrollados ya que – al ser dichos países donde por lo general se cobran precios más bajos – éstos podrían exportar mayores volúmenes a los países desarrollados de productos que en los países desarrollados son cobrados a mucho mayor precio (es decir, productos idénticos son cobrados más caros en países desarrollados que en países subdesarrollados).

– Por otro lado, están quienes piensan que las importaciones paralelas deben ser prohibidas. La contracara de esta posición es que el agotamiento del derecho debe ser nacional (o en todo caso regional). Según esta visión, es necesario permitir a los titulares de derechos de PI que compartimenten mercados nacionales dado que los diferentes precios cobrados en diferentes mercados por el mismo producto se deben a sendas diferencias de costos laborales, impuestos y aranceles, por nombrar sólo algunas. Esta postura defiende el derecho de los titulares de PI de cobrar precios diferentes de acuerdo con los mercados dado que, se argumenta, ello es esencial en muchos casos para recuperar las enormes sumas invertidas en la creación de nuevos productos. Se argumenta que si los titulares de derechos de PI no pueden cobrar precios diferenciados (obteniendo grandes ganancias en países desarrollados y menores en países en vías de desarrollo) ello ocasionaría a la larga un desincentivo para la inversión en nuevas tecnologías, dado que las empresas multinacionales no crearían nuevos productos porque no obtendrían una adecuada recompensa. Al mismo tiempo, los países en vías de desarrollo se verían perjudicados porque las empresas multinacionales dejarían de abastecerlos por temor a que productos de menor precio se “cuelen” hacia los países desarrollados. Por otro lado, según esta visión, no es cierto que se cobren diferentes precios *por el mismo producto*, ya que – al menos en el caso de las marcas – muchas veces un producto con la misma marca es adaptado para satisfacer los gustos de cada mercado nacional (por ejemplo, el mismo chocolate puede fabricarse con mayor o menor contenido de azúcar dependiendo de los gustos de los consumidores de cada país). En ese caso, si se importan en forma paralela estos productos de la misma marca se defraudaría al consumidor, quien esperaría obtener una determinada calidad por el producto, pero obtendría otra. También se perjudicaría al titular del derecho, ya que el consumidor no elegiría dicho producto en el futuro. Los defensores de esta posición consideran además que el agotamiento nacional deriva del principio de territorialidad de los derechos de PI. Es decir, si un derecho – sobre todo los de propiedad industrial – se registra para cubrir un determinado territorio, de ello resulta la facultad del titular de impedir que terceros importen sin su autorización productos provenientes del extranjero.

En general, cuando se produce una importación paralela es porque existen marcas o patentes “mellizas”, es decir, marcas o patentes concedidas en el país de exportación y en el de importación. En el caso de los derechos de autor, el derecho es en general válido y está vigente (no necesariamente registrado) tanto en el país de exportación como en el de importación. De todas formas, ocurre en ocasiones que la importación paralela se produce desde un país donde la protección expiró – o donde no existe protección – hacia un país donde la protección está vigente.¹⁸ Dicho de otro modo: la protección está vigente al menos en el país de importación. En caso contrario, el problema no se plantearía ya que el titular del derecho en el país de importación no tendría fundamento para oponerse a la introducción y comercialización de sus productos.

Lo que subyace al debate sobre las importaciones paralelas es la pretensión de los titulares de derechos de PI de extender el alcance de su derecho a la *distribución* de los productos protegidos.

El comercio paralelo debe ser distinguido del tráfico de mercancías falsificadas. Se dice que el permitir las importaciones paralelas podría ocasionar un aumento de este tipo de comercio, pero también que la piratería aumentaría si las importaciones paralelas no se regulan. En respuesta a estos argumentos se ha expresado que los límites a las importaciones paralelas constituyen una respuesta poco efectiva al problema de la piratería y que, por otro lado, los mismos importadores paralelos van a estar interesados en garantizar que sus productos sean genuinos.¹⁹

Abbott cita asimismo las conclusiones de los economistas Maskus y Chen, quienes elaboraron un modelo sobre las posibles implicancias de las importaciones paralelas, planteando que: (i) el alcance con el que el comercio paralelo mejora el bienestar económico puede depender de la importancia de los obstáculos al comercio vigentes entre países importadores y exportadores; (ii) a medida que se reducen los obstáculos al comercio, aumentan los beneficios derivados del comercio paralelo; y (iii) el comercio paralelo puede reducir el bienestar económico si, y en la medida que, los productores desarrollan políticas estratégicas de precios destinadas a eliminar dichas prácticas comerciales como, por ejemplo, aumentar sus precios en los países de

¹⁸ Sería el caso, por ejemplo, de una importación paralela de productos patentados hacia un país donde la patente respectiva aún está en vigencia, desde un país donde la protección expiró.

¹⁹ Id.; pág. 10.

²⁰ Abbott, Frederick M.; “*Second Report...*”; ob. cit.; pág. 11.

producción, agregando además que a los productores les resulta más difícil desarrollar dichas estrategias en mercados competitivos.²⁰

Cabe aclarar que los defensores de las restricciones a las importaciones paralelas son asimismo defensores de un fenómeno relacionado: la discriminación de precios, que no es otra cosa que la contracara de las importaciones paralelas; en otras palabras, si se defiende la restricción de las importaciones paralelas, se defiende asimismo la idea de diferentes precios en diferentes mercados.²¹ Además, según esta postura, los productores deben estar facultados para cobrar precios diferentes de acuerdo con el mercado sin temor a que el comercio paralelo afecte su estrategia de ventas; por otra parte, quienes se oponen a las importaciones paralelas agregan que, si éstas se prohíben, no cobrarán precios desmedidos por productos protegidos por derechos de PI ya que de todos modos los productores enfrentarán en su mismo mercado la competencia de otros fabricantes de productos idénticos o sustitutos, por lo que siempre existirá un incentivo para reducir los precios.²²

Según Abbott, no es cierto que la competencia inter empresaria logre mantener los precios en un nivel aceptable dado que, cuando los productores están “protegidos” de las importaciones paralelas, aumenta el riesgo de estrategias anticompetitivas como la fijación colusiva de precios.²³ Al argumento de Abbott se puede agregar que, particularmente en el caso de productos patentados, muchas veces no es posible encontrar productos sustitutos, por lo que en ese caso el productor también tendería a cobrar un precio por el producto patentado que excedería lo que se cobraría en caso de permitirse las importaciones paralelas.

Abbott divide los argumentos de los titulares de marcas, patentes y derechos de autor para restringir las importaciones paralelas.

Respecto de las marcas, el argumento es que las restricciones a las importaciones paralelas permiten la segregación de territorios de distribución, lo cual posibilita a su vez la adopción de estrategias de comercialización adecuadas al mercado, como por ejemplo: publicidad diferenciada, servicios pre y post venta y diferenciación de productos. Se supone que al darle la posibilidad a los productores de adoptar estas estrategias diferenciadas se beneficia a los consumidores.²⁴

Respecto de los derechos de autor, se argumenta que la discriminación de precios es beneficiosa dado que le permite a los consumidores en mercados más pobres adquirir productos que de otra forma no podrían adquirir, permitiendo a su vez que los productores de obras protegidas maximicen sus ganancias en los diferentes mercados regionales/nacionales, logrando de esta forma mayores ingresos a nivel global.²⁵

Las patentes resultan ser el derecho de más difícil análisis porque se ha otorgado mayor valor a las patentes que a las marcas y los derechos de autor debido a que aquéllas se relacionan con el avance tecnológico. Apoyándose en lo anterior, los titulares de derechos de patente expresan que debería tolerarse la discriminación internacional de precios ya que la maximización de ingresos a su favor debería ser alentada aún sabiendo que pueden tener lugar obstáculos al comercio. En otras palabras, los titulares de patentes son conscientes de que al permitirse la discriminación internacional de precios se distorsiona la asignación internacional de recursos productivos, pero sostienen que dichas distorsiones deberían ser toleradas (o incluso alentadas) debido al valor inherente de las invenciones.²⁶

1. Las importaciones paralelas y los consumidores

Dado que tanto defensores como detractores de las importaciones paralelas consideran que sus respectivas posiciones tendrían como consecuencia mejorar el bienestar de los consumidores, considero que es importante analizar la situación de éstos frente a las importaciones paralelas.

El consumidor que se maneja dentro de la red oficial podrá acceder a los servicios pre y post venta que ofrece el distribuidor autorizado, mientras que los consumidores que compran fuera de la red oficial deberán

²¹ En la teoría económica se apoya la discriminación de precios perfecta, es decir, aquellos casos en que un monopolista fija sus precios de acuerdo con la demanda, haciendo coincidir el precio de un determinado producto con lo que el consumidor está dispuesto a pagar por éste, de forma tal de maximizar el bienestar económico y la producción. El problema se presenta en aquellos casos, más comunes en la realidad, en que la discriminación de precios no es perfecta. Vautier, Kerrin M; ob. cit.; pág. 3.

Un caso de discriminación de precios imperfecta tendría lugar si el titular de un derecho de PI fija un precio demasiado alto para su producto y al consumidor no le queda otra posibilidad que abonarlo ya que no existen productos sustitutos. En estos casos, cabe suponer que no se maximiza el bienestar económico.

²² Id.; pág. 18.

²³ Id.; pág. 19.

²⁴ Id.; pág. 20.

²⁵ Id.; pág. 20.

²⁶ Id.; pág. 21.

renunciar a dichos servicios. Se supone que estos dos tipos de consumidores permiten que se establezca una diferenciación entre productos; así, estarían los productos comprados dentro de la red oficial a precio más caro (con la ventaja de poder así acceder a los servicios adicionales ofrecidos por el titular del derecho de PI) y los comprados fuera de la red oficial (sin acceder a servicios adicionales, como los de pre y post venta). El bienestar del consumidor aumentará o disminuirá dependiendo de si valora o no dichos servicios o, en aún en el caso de que los valore, si está dispuesto a renunciar a ellos a cambio de un menor precio, siempre y cuando la información provista por el importador paralelo al consumidor sea clara y no induzca a engaño.²⁷

Se argumenta por otro lado que al permitir el control sobre las importaciones paralelas y que sólo los distribuidores autorizados vendan un determinado producto, al titular de un derecho de autor le resultará más fácil controlar a sus distribuidores y licenciatarios a fin de garantizar que estén maximizando las ventas a través de agresivas estrategias de comercialización y el suministro de servicios post venta.²⁸

Cabe remarcar que la posibilidad de mayor control sobre los licenciatarios y distribuidores es una cuestión que hace a la estructura interna de comercialización de la red oficial, y los mayores costos que resultan de mantener dicha red de ninguna forma deberían ser trasladados al consumidor ya que éste – al menos en lo que al precio se refiere – no se beneficia de la existencia de dicha red. Desde ya que un determinado consumidor puede *desear* pagar los mayores precios ofrecidos a través de la red oficial a fin de poder acceder a aspectos tales como los servicios post venta (que en muchos casos, por ejemplo, respecto de productos informáticos, pueden ser muy útiles) pero debería ser el consumidor el que *decida* si quiere abonar los mayores precios que implica comprar dentro de la red oficial y no decidir por él e *imponerle* los costos de pertenecer a la red.

En este punto considero importante hacer una digresión, ya que siempre que se discute el bienestar del consumidor frente a las importaciones paralelas *se da por supuesto* que éste debe elegir entre, por un lado, comprar dentro de la red oficial abonando un mayor precio a cambio de servicios adicionales del fabricante y, por el otro, comprar fuera de la red oficial a menor precio pero renunciando a dichos servicios adicionales.

Por mi parte, considero que no habría ningún obstáculo en plantearse una hipótesis en la que el consumidor pudiese acceder a lo mejor de los dos mundos: es decir, que pueda comprar a menor precio fuera de la red oficial pudiendo recurrir al mismo tiempo a servicios pre y post venta o gozando de las garantías del fabricante. Ello se podría lograr a través de legislación que, además de permitir las importaciones paralelas, obligue al distribuidor de la red oficial a otorgar servicios adicionales (o reconocer garantías) sin importar el origen del producto.

Por ejemplo, un consumidor compra un producto protegido por un derecho de PI importado en forma paralela desde el país X (donde fue puesto en el comercio por el titular del derecho o con su consentimiento) hacia el país Y (donde se permiten las importaciones paralelas). El consumidor tiene un problema con el producto comprado poco después de adquirirlo (supongamos que se trate de un ordenador) y se dirige al distribuidor autorizado en Y y éste, si bien reconoce que se trata de un producto genuino, al darse cuenta de que el ordenador ingresó en el país en virtud de una importación paralela rehúsa prestar servicios post venta. Siguiendo con el ejemplo, supongamos que incluso el titular del derecho ha puesto una etiqueta en el envoltorio externo del ordenador diciendo que los servicios post venta sólo serán prestados en el país X.

No obstante lo anterior, supongamos que el país Y ha adoptado legislación como la mencionada más arriba, es decir, además de permitir las importaciones paralelas no permite que los distribuidores autorizados de productos protegidos por derechos de PI se nieguen a prestar servicios pre y post venta. Podríamos agregar además que el país X ha sancionado dicha legislación (a la que se ha dado el carácter de norma de orden público, lo que implica que no puede ser derogada por las partes) ya que considera que los consumidores estarán en mejor posición pudiendo comprar productos de los importadores paralelos a menor precio y accediendo *además* a los servicios adicionales de la red oficial.

Considero que, desde el punto de vista de la protección de la PI, nada impediría que exista una situación como la anterior. El titular del derecho tendría también en este caso asegurada una recompensa por su derecho de PI. Sin perjuicio de lo antedicho, pienso que el ejemplo anterior – si bien puede ser interesante desde el punto de vista teórico – constituiría una limitación demasiado amplia para los titulares de derechos de PI ya que si, además de la importación paralela, se les impone la obligación de tener que reconocer productos no pertenecientes a la red oficial se inclina la balanza excesivamente en favor del consumidor (si partimos del supuesto de que las importaciones paralelas lo benefician) sin tener en cuenta los intereses de los titulares de derechos de PI.

²⁷ Vautier, Kerrin; ob. cit.; pág. 5.

²⁸ Id.; pág. 921.

D) El agotamiento del derecho. Cuestiones generales

Existen tres clases de agotamiento: nacional, regional e internacional.

En virtud del agotamiento nacional, una vez que se ha vendido el producto protegido dentro del territorio de un Estado, por el titular o con su consentimiento, el derecho ha quedado agotado. El titular no puede poner trabas a la comercialización dentro de ese Estado aunque sí puede hacerlo en aquellos casos en que la primera puesta lícita en el comercio ha sido efectuada fuera del territorio de ese Estado.

Conforme el agotamiento regional, una vez que se ha vendido el producto protegido dentro del territorio de un mercado común o unión aduanera, por el titular o con su consentimiento, el derecho ha quedado agotado en lo que al territorio del mercado común o unión aduanera se refiere. El titular no puede poner trabas a la comercialización dentro del mercado común o unión aduanera aunque sí puede hacerlo en aquellos casos en que la primera puesta lícita en el comercio ha sido efectuada fuera del mercado regional.

De acuerdo con el agotamiento internacional, el derecho se agota una vez que el producto protegido ha sido puesto lícitamente en el comercio de cualquier país, por el titular o con su consentimiento. Por ejemplo, si A es titular de una patente en Argentina y B – un tercero ajeno a A – intenta importar a la Argentina productos patentados de A puestos lícitamente en el comercio de cualquier país, A no puede impedir la importación a la Argentina ya que, como nuestro país ha adoptado el agotamiento internacional, la puesta lícita en el comercio del producto protegido en cualquier país del mundo agota los derechos de patente en la Argentina. Ello es lo que dispone el artículo 36 inc. c) de la LP (sin perjuicio de la contradicción que analizó más adelante entre la LP, su DR y la denominada “Solución Mutuamente Acordada” entre los Estados Unidos y la Argentina en el marco de la OMC). Asimismo, la Ley de Marcas de la Argentina no regula expresamente el tema, aunque la poca jurisprudencia existente en materia de marcas (analizada más adelante) se ha inclinado por el agotamiento internacional cuando coincidía el titular de la marca argentina y la extranjera. De todas formas, considero que en virtud del artículo 16 del Código Civil Argentino²⁹ se podría aplicar por analogía a las marcas lo que respecto de las patentes dispone la LP.

Heath explica que una teoría similar al agotamiento es la doctrina de la “licencia implícita”, desarrollada en el derecho inglés. Esta teoría implica aplicar a los derechos de PI principios similares a los que rigen para los bienes materiales. Respecto de estos últimos, se supone que el adquirente puede disponer de ellos a menos que el vendedor haya hecho al momento de la venta alguna reserva de derechos. La teoría comentada postula que los mismos principios deben aplicarse a los derechos de PI, es decir: una vez vendido un producto protegido por un derecho de PI, éste puede circular libremente salvo reserva del vendedor al momento de la venta. La ventaja de esta teoría es que el adquirente del producto queda inmediatamente notificado de cualesquiera restricciones que pesan sobre el producto adquirido y, además, se impone al vendedor la carga de hacer conocer a los demás participantes de la cadena de comercialización las eventuales restricciones que pesaban sobre los bienes.³⁰ En nuestra opinión, es discutible – más allá de que este método sea o no realizable en la práctica – que un tema de tal importancia (a mi juicio, de orden público) como el régimen de agotamiento quede enteramente sujeto a la voluntad del vendedor.

Actualmente, algunos autores sostienen una posición diferenciada de agotamiento dependiendo del derecho de PI. En este sentido se apoya, por ejemplo, el agotamiento internacional para marcas y nacional para patentes y derechos de autor. Respecto de estos dos últimos derechos, se interpreta que el agotamiento nacional estaría basado en que exista una suficiente recompensa para la actividad inventiva (en el caso de las patentes) o creativa (en el caso de los derechos de autor). En otras palabras, podría ocurrir que al permitirse la importación paralela de productos protegidos fabricados en países con menores estándares de protección a países donde los estándares de protección son más altos, se prive al titular de derechos de la mayor protección a la que de otra forma podría acceder de no permitirse la importación paralela. Esta situación se ve más claramente en aquellos casos en los cuales la primera venta del producto tuvo lugar en un país donde no existe protección por patente o derecho de autor.³¹

²⁹ El art. 16 del Código Civil Argentino dispone: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.”

³⁰ Heath, Christopher; “Legal Concepts of Exhaustion and Parallel Imports – Chapter 2” en “Parallel Imports in Asia”; Ed. Christopher Heath; ob. cit.; pág. 14.

³¹ Conde Gallego, Beatriz, “The Principle of Exhaustion of Rights and its Implications for Competition Law”, IIC, vol. 34; N° 5/2003; pág. 495. Considero que el caso citado podría darse con mayor probabilidad respecto de la protección por patente de los productos farmacéuticos, que determinados países – de los cuales el más importante es la India – aún no contemplan.

Este enfoque podría presentar un problema en aquellos casos en que existan derechos superpuestos de PI sobre un mismo objeto de protección. Por ejemplo, muchos productos protegidos como marca pueden tener protección bajo el derecho de autor, como patente y como diseño (podría ser una computadora, cuya marca está registrada, que incluye una marca sonora cuando la computadora se enciende, con un avance técnico protegido por patente, siendo su carcasa protegida como diseño). Si bien el ejemplo anterior sería inusual, es cierto que más de una vez se superponen sobre un mismo producto diversos derechos de PI, por lo que no siempre resultaría fácil sostener un tipo de agotamiento diferenciado.³²

Según Abbott, los consumidores de los países en vías de desarrollo podrían ser provistos de productos protegidos por derechos de PI – pero de menor precio – a través de la diferenciación de productos. Por ejemplo, los fabricantes de automóviles pueden desarrollar versiones de menor precio para los mercados de países en vías de desarrollo ya que dichos productos no son necesariamente atractivos para compradores ubicados en países desarrollados.³³ Lo anterior podría resolver en algunos casos la cuestión de las importaciones paralelas sin adoptar una medida expresa de restricción de éstas.

II. PARTE ESPECIAL

A) El agotamiento del derecho de marca

Según Tomás de las Heras Lorenzo, en el siglo XIX el problema de las importaciones paralelas sólo había surgido ocasionalmente reapareciendo con mayor frecuencia luego de la Segunda Guerra Mundial. Ello se debió a la mayor expansión del comercio internacional, al surgimiento de las compañías multinacionales y a la difusión de acuerdos de producción y distribución con cláusulas territoriales de exclusividad. Como dato significativo, el autor citado expresa que entre 1893 y 1902 se habían realizado 3.195 registros internacionales de marcas conforme al Arreglo de Madrid, mientras que en 1990 la cifra total ascendía a 652.875.³⁴ Este enorme aumento del comercio internacional se corresponde con un crecimiento de las importaciones paralelas.

De acuerdo con de las Heras Lorenzo, las importaciones paralelas tienen efectos tanto en la competencia inter-marcas como intra-marcas.

En lo que al efecto intra-marcas se refiere, las importaciones paralelas perjudican al titular y a su red oficial ya que suponen la aparición de una competencia directa de productos con la misma marca poniendo en peligro el control que el titular ejerce sobre su red de distribución. Así, perderán efectividad las denominadas restricciones verticales impuestas por el titular de la marca para controlar a sus distribuidores no exclusivos como, por ejemplo, los pactos de compra exclusiva (ya que los distribuidores podrán abastecerse del importador paralelo). Desde ya que los distribuidores exclusivos se verán tanto o más perjudicados que el titular de la marca, porque dejarán de ser los únicos que podrán vender en un determinado territorio.³⁵

Respecto del efecto inter-marcas, puede ocurrir que en un determinado mercado exista una estructura oligopólica; es decir, pocos competidores, lo cual facilita que se pongan de acuerdo sobre un determinado precio ya sea explícitamente, o en forma implícita a través del mantenimiento de precios mínimos y máximos. La irrupción de un importador paralelo hace caer de hecho este tipo de acuerdos, ocasionando una baja en los precios.³⁶

1. Casos especiales de agotamiento en marcas

Cabe remarcar que no existe agotamiento del derecho de marca cuando un producto puesto en el comercio en forma lícita ha sido alterado. En este sentido, Aracama Zorraquín indica que el agotamiento no se produce, aún cuando la puesta en el comercio haya sido lícita, si la marca (i) ha sido puesta por el revendedor (cuando originariamente no estaba presente en el producto), (ii) ha sido colocada nuevamente (en aquellos casos en que se hubiere borrado del producto por desgaste natural), (iii) es mantenida sobre el producto

³² Ver en el mismo sentido Heath, Christopher; *Legal Concepts of Exhaustion and Parallel Imports*; ob. cit.; pág. 22.

³³ Abbott, Frederick, M.; *First Report*; ob. cit.; pág. 621.

³⁴ De Las Heras Lorenzo, Tomás *“El agotamiento del derecho de marca”*; Editorial Montecorvo, S.A.; Madrid, 1994; págs. 27-28.

³⁵ Id.; págs. 29/31.

³⁶ Id.; págs. 31/32.

luego de que éste ha sido modificado, (iv) es vendida en relación con productos defectuosos sin aclarar dicha circunstancia, y (v) es suprimida por un intermediario en la cadena de comercialización.³⁷

Una cuestión que muchas veces sirve para descartar el agotamiento internacional es la relativa a las diferencias en los productos. Más de una vez, los productos son modificados para adaptarse al gusto de los mercados nacionales. Por ejemplo, en el caso Colgate, se discutió la calidad de dentífricos fabricados para el Reino Unido (con contenido de fluoruro) y Brasil (con conservantes pero sin fluoruro). Colgate se opuso a la importación paralela del dentífrico desde Brasil, y el tribunal interviniente justificó la oposición sobre la base de la diferente calidad de los productos, la cual podía resultar en un engaño al público consumidor.³⁸ En el caso Castrol se discutió la importación paralela de aceite para automotores al Reino Unido, el cual había sido originariamente fabricado para su venta en Canadá. Se justificó la oposición de Castrol a la venta del producto en el Reino Unido ya que el aceite fabricado para ambos países era distinto, a raíz de diferencias climáticas.³⁹ Se sostiene que esta situación puede remediarse indicando el primer lugar de comercialización del producto de forma tal que el público pueda estar informado de las posibles diferencias.⁴⁰

Finalmente, se argumenta respecto de las marcas – aunque el razonamiento también puede ser aplicado a las patentes y a los derechos de autor – que no queda agotado el derecho cuando un licenciatario produce más unidades del producto que las autorizadas por contrato. En ese caso, estamos ante productos falsificados o, más precisamente, productos que en su origen fueron auténticos pero que ya no lo son más por no contar con autorización del titular.⁴¹

2. Agotamiento en marcas: ¿Régimen amplio o restringido?

Un estudio realizado por la organización inglesa NERA (*National Economic Research Associates*) y por el estudio jurídico SJ Berwin & Co., también de Inglaterra, ha examinado las ventajas y desventajas de adoptar un régimen de agotamiento amplio o restringido en el área de marcas.⁴²

Citando la opinión de quienes defienden una concepción restringida del agotamiento, que en principio estaría destinada a favorecer a los titulares de marcas, el estudio esgrime que – de consagrarse el agotamiento internacional – las empresas de la UE no podrían vender sus productos fuera del mercado común a precios más bajos,⁴³ lo que traería como consecuencia que el titular de la marca no vendería más al mercado de precio inferior, intentando de esta forma evitar la importación paralela. Lo anterior resultaría en menores ganancias para los titulares de marcas, ocasionando así una menor inversión en el desarrollo de nuevos productos y nuevas marcas, determinando una oferta menos variada para los consumidores. La situación planteada también perjudicaría a los consumidores de mercados fuera de la UE ya que las empresas establecerían precios más altos en dichos mercados para compensar las pérdidas que les ocasionarían las operaciones de importación paralela; además, eventualmente se retirarían de dichos mercados para evitar que desde allí se efectúen operaciones de importación paralela hacia la UE. Incluso, según esta postura, si las empresas

³⁷ Aracama Zorraquín, Ernesto; "El Agotamiento de los Derechos de Marca y las Importaciones Paralelas"; *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*; N° 3; "Derecho de Marcas"; Ed. Ciudad Argentina; Buenos Aires, 1999; pág. 15.

³⁸ Norman, Helen "Parallel Imports from Non-EEA Member States: The Vision Remains Unclear"; *European Intellectual Property Review*, 2000; *Issue 4*; Sweet & Maxwell Limited; pág. 160.

³⁹ Id.; pág. 160.

⁴⁰ Stamatoudi-Torremans; ob. cit; pág. 138. En 1999, el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos adoptó las reglas "Lever" (así llamadas porque surgieron a raíz del caso "Lever Bros."), que permiten bloquear las importaciones paralelas de productos protegidos por marca cuando sean sustancialmente diferentes de aquellos productos que ostenten la misma marca en los Estados Unidos, a menos que el importador coloque una clara notificación (que deberá permanecer sobre los productos hasta el primer punto de venta minorista en los Estados Unidos) expresando "El presente producto no está autorizado para su importación por el titular de la marca en los Estados Unidos y es física y sustancialmente diferente del producto autorizado". La etiqueta debe encontrarse próxima a la marca en la parte más visible sobre el producto, o sobre el envasado utilizado en la venta de aquél. Cumplidas las anteriores condiciones, dichos productos pueden ser importados en forma paralela. Cit. en Abbott, Frederick M.; "Second Report"; ob. cit; pág. 9.

⁴¹ Heath, Christopher; "Legal Concepts of Exhaustion and Parallel Imports"; ob. cit.; pág. 18.

⁴² "The Economic Consequences of the Choice of Regime of Exhaustion in the Area of Trademarks"; *Executive Summary; Final Report for DG XV of the European Commission; Prepared by NERA, SJ Berwin & Co. and IFF Research*; 8 de febrero de 1999, Londres. El informe fue encargado por la Comisión Europea para analizar los posibles efectos de adoptar el agotamiento internacional en la UE respecto de productos protegidos por marca.

⁴³ Ello se debe a que si hubiera agotamiento internacional en la UE y una firma de la mencionada región vendiera sus productos fuera del espacio económico europeo a precios más bajos, el producto en cuestión probablemente ingresaría en forma paralela a la UE sin que el titular de la marca pudiera impedirlo ya que su derecho se habría agotado. La contracara de esta situación es que las empresas provenientes de fuera de la UE no podrían vender sus productos a un precio más alto en el mercado común. Por ejemplo, si dichas empresas desearan utilizar a licenciatarios de la UE verían que sus productos vendidos en mercados de precio inferior ingresarían al espacio económico europeo sin que pudieran impedirlo (debido al agotamiento internacional). Ob. cit.; "The Economic Consequences..."; pág. 6.

se retirasen de mercados ubicados fuera de la UE los precios podrían aumentar dado que no sería posible distribuir los costos fijos sobre un importante volumen de ventas.

Los argumentos antes expuestos intentan demostrar que es beneficioso ampliar el ámbito de derechos a favor de los titulares de marcas para que éstos puedan ejercer discriminación de precios en los distintos mercados en los que operan ya que ello a la larga va a traer más ganancias y, por ende, mayores incentivos para la inversión en materia de marcas.⁴⁴

Otro argumento a favor de una concepción restringida es que las importaciones paralelas pueden traer como consecuencia que sea difícil hacer cumplir estándares técnicos o de seguridad dentro de la UE ocasionando así un riesgo a los consumidores.⁴⁵

Los defensores de una concepción restringida señalan además que las economías modernas dependen en gran medida de la fabricación de productos que conllevan un alto contenido de PI. Por lo tanto, cuanto mayor es la protección a los titulares de derechos – por ejemplo, a través del agotamiento nacional – mayor es el progreso que las economías de la UE pueden alcanzar.⁴⁶

Finalmente, la postura que comentamos considera que el no poner un freno a las importaciones paralelas de productos protegidos con marca puede impedir la detección y prevención del comercio de mercancías falsificadas, lo cual perjudica a los consumidores – ya que se les ofrecen productos de calidad inferior – y a los titulares de derechos, porque la existencia de mercadería falsificada hace que éstos pierdan ventas.⁴⁷

En contraposición con lo anterior, el informe de NERA también cita la postura de los defensores de una concepción amplia, quienes consideran que el agotamiento internacional traerá aparejado menores precios. Ello se debe a que el titular de un derecho de marca cuyas facultades se agotan con la primera venta autorizada no puede controlar la posterior cadena de comercialización, por lo que los importadores paralelos se ven alentados a ofrecer precios más bajos que los de la red oficial a fin de poder insertarse en un determinado mercado.

Los defensores del agotamiento internacional consideran que el agotamiento nacional permite que los titulares de derechos efectúen discriminación de precios ejerciendo facultades monopólicas, las cuales no se conciben con el derecho marcario, cuyo objeto es principalmente la protección de los consumidores y no la concesión de facultades exorbitantes a los titulares. Por otro lado, los defensores de una concepción amplia argumentan que el agotamiento internacional se concibe con las tendencias actuales de liberalización del comercio y que, por ejemplo, en el ámbito de Internet, será cada vez más difícil evitar que existan importaciones paralelas “personales”.⁴⁸

En relación con el argumento de que el agotamiento internacional implicaría una desprotección de los consumidores, los defensores de esta postura consideran que los importadores paralelos van a tener los mismos incentivos para ofrecer buenos productos a sus compradores que los componentes de las redes oficiales de comercialización, aunque más no sea para proteger su reputación frente a éstos. Al mismo tiempo, se argumenta a favor de una concepción amplia que los consumidores pueden desear renunciar a ciertos beneficios que les brinda la red oficial (como servicios post-venta) a cambio de menores precios, en vez de verse obligados a comprar los productos a una determinada combinación de precio y servicio. Asimismo, y respecto del temor expresado por los defensores de una concepción restringida en el sentido de que el agotamiento internacional puede ocasionar la falta de observancia de estándares técnicos y/o de seguridad respecto de determinados productos, se argumenta que dichos estándares van a operar en muchos casos como barreras a la importación paralela, en vez de ser protecciones que se pondrán en riesgo por la existencia de un agotamiento internacional.⁴⁹

Según el informe, a los fines de identificar los efectos del régimen de agotamiento deben distinguirse dos casos: (i) adopción unilateral del régimen de agotamiento y (ii) adopción bilateral.

En el caso (i), se supone que la UE adoptaría un régimen de agotamiento internacional sin importar el régimen adoptado por otros países. El informe concluye que en este escenario aumentarían las importaciones paralelas pero no se vería afectado el volumen de exportaciones paralelas. El caso (ii) supone que se agotarían los derechos sólo respecto de productos importados de Japón y los Estados Unidos, lo cual iría unido a acuerdos bilaterales cuyo propósito sería incrementar las exportaciones paralelas a dichos países.

⁴⁴ Id.; pág. 6.

⁴⁵ Id.; pág. 7.

⁴⁶ Id.; pág. 7.

⁴⁷ Id.; pág. 7.

⁴⁸ Id.; págs. 7/8. Sería el caso de un consumidor individual que advierta por Internet que en el extranjero un determinado producto es más barato que en su país de origen y, por lo tanto, efectuó la correspondiente importación al margen de la red oficial.

⁴⁹ Id.; pág. 8.

Se supone que, en el caso (i) (agotamiento internacional) los productos importados en forma paralela provendrían en su mayoría de países del sudeste asiático y de los Estados Unidos. La posibilidad de exportaciones paralelas hacia dichos países se vería reducida dado que allí los precios son más bajos.

En el caso (ii), (agotamiento internacional restringido), las importaciones paralelas vendrían principalmente de los Estados Unidos. Por otro lado, y considerando que las exportaciones paralelas no tenderían en general a representar volúmenes importantes, el informe concluye que un supuesto de agotamiento internacional en forma multilateral probablemente tendría efectos similares a los del caso (i) (es decir, más importaciones paralelas que exportaciones paralelas).⁵⁰

Abbott ha criticado el informe de NERA expresando que si bien resulta de interés el intento de cuantificar las importaciones paralelas en el ámbito de la UE, la metodología del informe plantea significativos interrogantes a la hora de analizar su utilidad como instrumento de política pública. Ello se debe a que gran parte del análisis económico incluido en el informe está solamente basado en resultados de encuestas llevadas a cabo entre diversos grupos de interés. Entre los que respondieron, se reconoce que la información económica suministrada es en gran parte estimativa. Por otra parte, los datos sobre precios fueron tomados de fuentes secundarias que son muy generales como para suministrar una base concreta para el análisis y se llega a las conclusiones sobre el impacto de las importaciones paralelas sobre la base de las respuestas brindadas a las encuestas. Abbott considera particularmente preocupante que el informe de NERA sugiera la posibilidad de efectos adversos para los consumidores, aunque sin suministrar datos empíricos para apoyar dicha conclusión.⁵¹

B) El agotamiento del derecho de patente

Según Heath, es diferente el fundamento para el agotamiento del derecho en marcas que en patentes. Mientras que en el caso de las marcas la clave está en que se cumpla con la función de indicación de origen – para lo cual es necesario contar con el consentimiento del titular de la marca dado que de otra forma los productos no podrían ser atribuidos a él sino a otra fuente – la clave del agotamiento en patentes tiene que ver con la posibilidad de que el titular del derecho obtenga una recompensa por la primera comercialización de productos en condiciones monopólicas. Cuando, por ejemplo, se ponen en el comercio productos en un mercado donde la protección por patentes no ha sido obtenida, dichas condiciones no se encuentran presentes.⁵²

Abbott señala que los especialistas de derecho de la competencia han aceptado que puede ser positivo dividir geográficamente los mercados de ventas en el área de patentes alentando de esta forma la transferencia de tecnología, innovación en inversiones y en producción y distribución de productos y prestación de servicios relacionados con éstos. A su vez, ello puede traer aparejado un fortalecimiento de la competencia inter-empresaria al igual que beneficios al consumidor. Sin embargo, en mercados como la UE o los Estados Unidos dichas restricciones al comercio se ven mitigadas por la doctrina de la primera venta.⁵³

Lilley efectúa un interesante análisis de las importaciones paralelas a la luz de las diferentes teorías utilizadas para justificar el sistema de patentes:⁵⁴

Labor Theory (o teoría del trabajo o esfuerzo). Según esta teoría, el que se ha esforzado en crear una invención patentable debería ser su titular. En virtud de esta teoría, las importaciones paralelas estarían prohibidas ya que quienes se han esforzado en desarrollar una invención dentro de un determinado territorio no deberían ver disminuida su oportunidad de comercializarla.

Property Theory (o teoría de la propiedad). Esta teoría se funda en el derecho de excluir a otros de la posesión y el uso de la patente, lo que significa que el titular conserva el derecho de obtener una ganancia a partir del principio técnico contenido en aquélla. Por ende, estaría justificado impedirle al importador que opere en el ámbito comprendido por la patente.

⁵⁰ Id.; pág. 25. Cabe tener en cuenta que este informe fue elaborado antes de la ampliación de la UE. Por lo tanto, es válido preguntarnos si hoy en día, considerando que en muchos de los “nuevos” países miembros de la UE los precios son en promedio bastante más bajos que en los “viejos” países, las exportaciones paralelas igualmente serían bajas como concluye el informe.

⁵¹ Abbott, Frederick M.; “*Second Report*”; ob. cit.; pág. 10.

⁵² Heath, Christopher; “*Parallel Imports and International Trade*”; IIC; vol. 28; N° 5; 1997; pág. 627.

⁵³ En inglés “*first sale*”, que sería el equivalente estadounidense del agotamiento. V. Abbott, Frederick M.; “*First Report*”; ob. cit.; vol. 1, N° 4; December 1998; pág. 614.

⁵⁴ Lilley, Richard H., Jr.; “*Parallel Imports: Are Remedies under Patent Law Appropriate?*”; AIPPI Journal (AIPPI – JAPAN); vol. 23; N° 4; 1998; págs. 132/134.

Investment Incentive Theory (o teoría del incentivo a la inversión). Para esta teoría, la concesión de una patente constituye un incentivo para invertir recursos en innovaciones tecnológicas, a raíz de la minimización – sino la eliminación – de la competencia de terceros. Conforme a esta teoría, las importaciones paralelas disminuirían el estímulo para invertir.

Reward Theory (o teoría de la recompensa). Esta teoría ve la concesión de la patente como una facultad de excluir a terceros a título de recompensa por la innovación tecnológica. Al igual que los defensores de la teoría del incentivo a la inversión, quienes sostienen esta postura consideran que las importaciones paralelas – al posibilitar que existan competidores – disminuyen la posibilidad de recompensa.

The Social Welfare Theory (o teoría del bienestar social). De acuerdo con esta teoría, las patentes se conceden a fin de promover – a través de la protección de las innovaciones tecnológicas – una mayor cantidad de empleos, mejores condiciones de vida y una mayor oferta de bienes. Desde esta óptica, las importaciones paralelas deberían ser admitidas dado que permiten una mayor oferta y diferenciación de productos.

The Monopoly Theory (o teoría del monopolio). Esta teoría explica que las patentes son monopolios legales. Si se acepta esta premisa, la disponibilidad de productos importados en forma paralela actuaría para frenar dicho monopolio. En otras palabras, si el titular de la patente – en ejercicio de su monopolio – cobra precios desmedidos, las importaciones paralelas podrían paliar la situación.

Rent Seeking Theory (o teoría de la procuración de rentas). Conforme a esta teoría, el sistema de patentes procura rentas, que son alcanzadas cuando los ingresos exceden el costo de la inversión realizada para obtener y utilizar la patente. Dicho de otro modo, el sistema provee un incentivo para maximizar renta. Al permitir una mayor oferta de productos, las importaciones paralelas harían disminuir las posibles rentas. Desde esta óptica, las importaciones paralelas serían positivas ya que minimizarían la tendencia de los titulares de patentes de intentar obtener excesivas rentas.

Rent Dissipation (incorrecta asignación de rentas). Esta teoría explica que los beneficios que la sociedad puede obtener de la innovación tecnológica pueden ser incorrectamente asignados cuando existen actividades de investigación superpuestas, por lo que los recursos pueden ser mejor aprovechados cuando se asignan a diversas actividades de investigación. Si bien los productos introducidos a través de importaciones paralelas no están directamente relacionados con los recursos destinados a la investigación, se argumenta que una política que permitiese las importaciones paralelas daría a entender a quienes desean invertir en innovación tecnológica que podrían verse reducidas las posibles rentas resultantes de nuevas actividades de investigación. Ello llevaría a que se invierta en campos tecnológicos ya existentes, lo cual a su vez ocasionaría que los recursos se asignen de manera incorrecta, es decir, en actividades de investigación y desarrollo redundantes. Según esta teoría, las importaciones paralelas funcionarían como una señal negativa para los potenciales inversores, quienes elegirían no incursionar en nuevos campos de la tecnología por temor a no obtener rentas suficientes.

1. El agotamiento del derecho de patente y los productos farmacéuticos

El tema de este apartado podría sin duda ocupar cientos de páginas.

Por un lado, las empresas farmacéuticas arguyen que de permitirse las importaciones paralelas – lo cual implica no poder cobrar precios altos en países desarrollados y bajos en países en vías de desarrollo – no podrían recuperar las enormes sumas invertidas en investigación y desarrollo.

Por otra parte, los defensores de las importaciones paralelas sostienen que la competencia que el comercio paralelo implica ocasionaría una baja en los precios de los medicamentos, lo cual es esencial para los países en vías de desarrollo. Esta posición sostiene que – en ausencia de importaciones paralelas – las empresas farmacéuticas cobrarán precios desmedidos.

Respecto del temor apuntado, Bale expresa que existe una fuerte disciplina de mercado para los nuevos productos farmacéuticos. El autor citado señala que existe competencia entre productos farmacéuticos patentados ya que pocos productos son únicos en una determinada categoría terapéutica (como, por ejemplo, los antidepresivos o los productos contra la úlcera). Por ende, los precios fijados por las empresas deben tener en cuenta a los demás competidores con productos similares, aunque no idénticos, destinados a tratar las mismas afecciones. Lo anterior implica que existe una disciplina de mercado, en vez de un absoluto poder monopólico, que influye las acciones de los titulares de patentes.⁵⁵

⁵⁵ Bale, Harvey E, Jr.; "The Conflicts between Parallel Trade and Product Access and Innovation: The Case of Pharmaceuticals"; *Journal of International Economic Law*; vol. 1, N° 4; diciembre de 1998; pág. 642.

Se argumenta que los titulares de patentes sobre productos farmacéuticos pueden contribuir al bienestar de un país en vías de desarrollo en un escenario en el que se prohíban las importaciones paralelas ya que, al no existir el temor de reexportación de productos farmacéuticos de bajo precio a mercados de alto precio, los productores no dejarían de suministrar productos farmacéuticos a los países en vías de desarrollo.

La crítica de Abbott es que esta visión no considera los efectos de un sistema de discriminación de precios en la asignación internacional de recursos, ya que si los productores de los países desarrollados no se ven presionados a ser más eficientes como resultado de la competencia en los precios, ello ocasionaría una distorsión en la eficiente asignación de recursos en dichos países. Por otro lado, si los productores o licenciarios de los países en vías de desarrollo se ven limitados en sus ganancias, ello limitaría futuras inversiones. Además, si los resultados esperados de las inversiones en países en vías de desarrollo son escasos, ello ocasionará que estos países continúen dependiendo de importaciones de productos de alto valor agregado provenientes de países industrializados.⁵⁶

Según Abbott, si una empresa farmacéutica de un país desarrollado no provee un importante producto farmacéutico a un país en vías de desarrollo – independientemente de si el producto esté o no allí patentado – puede estar justificado que el gobierno del país en vías de desarrollo otorgue una licencia obligatoria a un productor local a fin de satisfacer la demanda del mercado correspondiente.⁵⁷ Abbott expresa además que las empresas farmacéuticas que donen o suministren medicamentos a bajo precio a países en vías de desarrollo podrían celebrar acuerdos con los gobiernos de dichos países que prevean que los productos obtenidos por dichos canales no pueden ser exportados por razones de salud pública. Las mencionadas restricciones podrían basarse en el principio de protección de la salud pública recogido en el art. 8.1 del Acuerdo ADPIC y en el artículo XX(d) del GATT, que permite restricciones a las exportaciones. Dicho de otro modo, Abbott sostiene que el caso de los productos farmacéuticos no justifica por sí solo la adopción de restricciones a las importaciones paralelas.⁵⁸

Bale señala un problema referido al plazo de duración de las patentes farmacéuticas. Como se sabe, el plazo de duración de las patentes conforme al Acuerdo ADPIC es de 20 años desde la presentación de la solicitud. Sin embargo, actualmente existe una tendencia a extender el plazo de duración de las patentes farmacéuticas a fin de compensar a los titulares por el tiempo “perdido” por el desarrollo de la droga (ya que muchas veces se patenta antes de conocer las posibilidades reales de la droga) y por los plazos correspondientes a la aprobación gubernamental. Lo anterior trae como resultado que el término *efectivo* de protección de la patente sea mucho menor a los 20 años *nominalmente* establecidos en el Acuerdo ADPIC y en muchas leyes nacionales. Para paliar el acortamiento del plazo, se pretende extender el plazo de las patentes farmacéuticas.⁵⁹

Según Bale, el propósito de reconocer un mayor plazo de protección a los titulares de patentes farmacéuticas se vería frustrado si se permitiesen las importaciones paralelas, ya que se importarían productos no protegidos (genéricos) desde países donde la protección ya expiró (porque el plazo de protección es más corto) hacia países donde el plazo de protección aún está vigente de forma tal que dichos productos genéricos competirían con los productos del propio titular de la patente en un país donde la protección aún no ha expirado.⁶⁰ En nuestra opinión, este problema podría solucionarse con el principio de la puesta monopólica en el comercio.

Este principio, conforme lo expuesto más arriba, dice que el criterio para determinar si debe desencadenarse el agotamiento en patentes es que el titular del derecho haya podido obtener una primera recompensa por su derecho en condiciones monopólicas. En otras palabras, no se produciría el agotamiento si el producto fue puesto en mercados no libres (por ejemplo, debido a la existencia de precios controlados) o en aquellos casos en que el titular del derecho no posea protección para su derecho. El supuesto analizado también abarcaría a los licenciarios; es decir: como se supone que los beneficios obtenidos por el licenciario también irán a parar al titular, al menos en parte, y teniendo en cuenta además que otorgar una licencia es otra faceta del ejercicio del derecho monopólico, la comercialización efectuada por el licenciario también agotaría el derecho.⁶¹

⁵⁶ Abbott, Frederick M.; “*First Report*”; ob. cit.; págs. 620/1.

⁵⁷ Id.; pág. 621.

⁵⁸ Id.; pág. 621.

⁵⁹ De hecho, ya existe un reglamento de la UE en tal sentido. Además, Estados Unidos también ha adoptado legislación que extiende el plazo de las patentes farmacéuticas e impone dicha regla en los acuerdos de libre comercio bilaterales que recientemente ha celebrado. Por otro lado, la cuestión también se debate en el marco del ALCA.

⁶⁰ Bale, Harvey E, Jr.; ob. cit.; pág. 643.

⁶¹ Heath, Christopher; “*Legal Concepts of Exhaustion and Parallel Imports*”; ob. cit.; pág. 17. Si bien Heath se refiere en su trabajo a patentes, consideramos que el principio es también aplicable a las marcas y a los derechos de autor.

Debemos analizar qué ocurriría si no hay protección para el derecho por causa del titular o los casos en que ello se debe a una imposibilidad de obtener protección en el país desde donde proviene la importación paralela. Considero que es importante distinguir ambos supuestos, ya que si el titular no posee protección para su derecho de patente debido a que él decidió no protegerlo o registrarlo en un determinado país, debe cargar con las consecuencias de su decisión.⁶² Respecto de las patentes, se argumenta que esta solución podría ser injusta dado que el plazo de prioridad muchas veces es demasiado corto como para determinar el potencial de una invención.⁶³ No estoy de acuerdo con esta postura. En primer lugar, aún en el hipotético caso de que el plazo de prioridad de un año previsto por el Convenio de París para las patentes fuera considerado corto,⁶⁴ actualmente gran parte de los países del mundo han ratificado el denominado Tratado de Cooperación en Materia de Patentes o PCT (por sus siglas en inglés, *Patent Cooperation Treaty*) que prevé plazos de prioridad que alcanzan hasta los 30 meses.⁶⁵ Más allá de que sea o no cierto que a los titulares de derechos les resulte difícil determinar el potencial de una invención, lo cierto es que las reglas de juego del sistema imponen aceptar las consecuencias de acogerse al período de prioridad o no hacerlo. Si el titular de una patente decidió no proteger su derecho dentro del período de prioridad, debe cargar con las consecuencias de su acción y, si la pérdida del derecho de prioridad implica la pérdida del derecho a patentar, ello no es más que una consecuencia del funcionamiento del sistema. Lo contrario importaría vulnerar las reglas de juego que el titular del derecho *conocía* al momento de solicitar protección.⁶⁶

C) El agotamiento del derecho de autor

El análisis del agotamiento del derecho de autor difiere del realizado respecto de los derechos de propiedad industrial dado que aquél – al menos en la tradición jurídica continental europea – está compuesto de una serie de facultades morales y patrimoniales.⁶⁷

Desde el punto de vista económico, es necesario tener en cuenta que el costo de producir obras protegidas por el derecho de autor no guarda relación con la cantidad de personas que las verán o usarán (piénsese, por ejemplo, en un programa de televisión: el costo de producción es el mismo sin importar la cantidad de espectadores).⁶⁸ Por lo tanto, se argumenta que si bien el costo de creación de un film, un fonograma o programa de computación puede ser muy elevado (el costo de expresión), el costo de reproducción de la obra es por lo general bastante reducido.⁶⁹ Por consiguiente, se sostiene que de permitirse el *free riding*, el costo de la obra para quien la copia estará representado solamente por el costo marginal del ejemplar, el cual es obviamente mucho menor que el llamado “costo de expresión”.⁷⁰ Lo anterior es cierto: desde ya que es injusto permitir que alguien se aproveche de los esfuerzos del titular de un derecho de autor. No hay duda de que no se debe permitir que un tercero reproduzca una obra sin haber abonado la compensación correspondiente. Sin embargo, no hay que olvidar que cuando se hace referencia al agotamiento se supone que el titular ya obtuvo una compensación por su derecho. Por lo tanto, consideramos que en este supuesto no corresponde hablar de “*free riding*” dado que el titular del derecho ya obtuvo la compensación que el ordenamiento jurídico le reconoce.

⁶² Este principio podría no ser aplicable a los derechos de autor, en cuyo caso el registro tiene un valor secundario.

⁶³ Heath, Christopher; *Legal Concepts of Exhaustion and Parallel Imports*; ob. cit.; pág. 17.

⁶⁴ En este sentido el documento de la OMPI “El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial” (Doc. ISIP/96/10); agosto de 1996; pág. 9, expresa que el plazo de prioridad intenta conciliar el interés de los titulares de los derechos – al reconocerles un plazo de gracia para que decidan en qué países desean solicitar protección – con los intereses de los terceros, no extendiendo los plazos por períodos demasiado largos.

⁶⁵ Conforme a sus artículos 8 y 22.

⁶⁶ Este razonamiento también sería aplicable a las marcas, aunque en este caso la pérdida de prioridad no implica la pérdida del derecho a obtener el registro, es decir, el registro se podría obtener de todas formas (si no hay impedimentos registrales) aunque sin invocar prioridad.

En el ámbito de las patentes, la pérdida del derecho de prioridad implicará en la mayoría de los casos la pérdida de la novedad y por lo tanto del derecho a patentar. Podría haber casos, sin embargo, donde la pérdida de la prioridad no implique la pérdida de novedad (por ejemplo, porque la patente no fue aún publicada o comercializada). En ese caso, el titular de la patente podría patentar pasado el plazo de prioridad y por lo tanto invocar su derecho para obstaculizar la comercialización de un producto puesto en un mercado de forma tal que no se le aseguró su recompensa monopólica.

⁶⁷ Dado que la discusión sobre el agotamiento gira principalmente en torno a la distribución de las obras protegidas – es decir, atañe a un aspecto comercial del derecho – no corresponde hablar de agotamiento de los derechos morales, ya que éstos – si bien pueden tener consecuencias patrimoniales – no entran en el comercio.

Los derechos morales reconocidos son los de paternidad, integridad, divulgación, retracto (tal vez el más controvertido) y el derecho al respeto del honor y la reputación. V. Lipszyc, Delia; ob. cit.; pág. 154 y ss.

⁶⁸ Barfield, Claude E. – Groombridge, Mark A.; ob. cit.; pág. 914.

⁶⁹ Id.; pág. 914.

⁷⁰ Id.; pág. 914.

El derecho de reproducción no se agota nunca dado que, de otro modo, el derecho de autor quedaría vaciado de contenido. Para poner un ejemplo: un autor, en ejercicio de su derecho de reproducción, edita 10.000 ejemplares de un libro de su autoría, que son posteriormente puestos en el comercio con su consentimiento. Si considerásemos que el derecho se agota, entonces el autor no podría decidir si edita o no nuevos ejemplares. Es en función de esta característica especial del derecho de reproducción, que se considera que éste no se agota.⁷¹

Tampoco considero que se agote el derecho de comunicación al público. Por ejemplo, si un autor comunica su obra a través de la televisión, conserva el derecho de comunicarla asimismo a través de Internet, ya que de otra forma se podría utilizar la obra sin abonar por los nuevos usos. En definitiva – al igual que ocurre con las marcas y las patentes – el agotamiento del derecho de autor tiene que ver básicamente con la comercialización de ejemplares tangibles.

Otro problema particular del derecho de autor son las obras de ejemplar único (por ejemplo, un cuadro). Considero que la comercialización en este supuesto no plantea mayores problemas (ya que difícilmente podemos imaginar la compartimentación de un mercado por la comercialización de una sola obra). El inconveniente puede surgir si una obra de ejemplar único es reproducida a escala industrial (por ejemplo, se edita un calendario que incorpora cuadros de un autor famoso). En este caso, al haber ejemplares tangibles, podrían tener lugar importaciones paralelas si en un mercado el mismo calendario es vendido mucho más caro que en otro.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante tener en cuenta que la discusión sobre el agotamiento del derecho de autor gira (o debería girar, a riesgo de limitar seriamente el alcance del derecho) en torno a la forma en que se comercializa la obra, es decir, en lo concerniente al *derecho de distribución*, que tiene como objetivo complementar los demás derechos exclusivos de que goza el autor al permitirle controlar la explotación comercial de la obra sobre un territorio determinado.⁷²

Los Estados que han reconocido en forma expresa el derecho de distribución en sus legislaciones han debido asimismo diseñar sus límites, dado que parecería excesivo reconocer una facultad que permita a su titular controlar la comercialización de la obra en todos sus estadios. Se ha elegido en general como límite la primera puesta lícita en el comercio de un original o de una reproducción de la obra.⁷³

En contraposición con lo anterior, Barfield-Groombridge argumentan que deben restringirse las importaciones paralelas para permitir a los titulares de derechos de autor establecer diferentes estrategias de precios y comercialización. Por ejemplo, en la industria cinematográfica existe una práctica conocida como “*windowing*”⁷⁴ que implica distribuir obras protegidas en forma no simultánea, en diferentes mercados y a través de diversos medios de difusión. Asimismo, una empresa editorial puede decidir introducir un libro en el mercado en forma gradual a fin de aprovechar un tour promocional de un autor. Los autores citados argumentan que el estreno escalonado de los films permite que cada participante de la industria cinematográfica cuente con un período exclusivo durante el cual pueda maximizar sus ganancias y que ello es particularmente importante para empresas cinematográficas nuevas o de menor envergadura que necesitan recaudar capital con fines de producción, propósito que logran cediendo total o parcialmente los derechos sobre el film incluso antes de que sea estrenado. Barfield-Groombridge argumentan que la existencia de importaciones paralelas impediría que se lleven a cabo estas prácticas, perjudicando a la larga a las industrias cuyas obras son protegidas por el derecho de autor.⁷⁵

Otro argumento de Barfield-Groombridge a favor de restringir las importaciones paralelas es que de esta forma los titulares de derechos de autor pueden fijar precios diferenciados de acuerdo con los diferentes mercados o de acuerdo con diferentes grupos dentro de un mismo mercado, lo cual es considerado necesario para lograr una comercialización rentable y eficaz de las obras protegidas. En este sentido, expresan que para las industrias relacionadas con el derecho de autor, los factores demográficos, sociales y económicos juegan un rol preponderante en la fijación de los precios; por ejemplo, el poder de compra de los jóvenes y el porcentaje de penetración en el hogar de ordenadores, televisión y compact discs (es decir, el tamaño de estos sectores del mercado) juegan un rol decisivo en los precios fijados a nivel nacional para las diversas obras protegidas. Se supone que el permitir esta más eficiente compartimentación de mercados traerá como resultado que los titulares de derechos de autor distribuyan más ampliamente sus productos.⁷⁶

⁷¹ Röttinger, Moritz; “*L'épuisement du droit d'auteur*”; *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, N° 157; julio de 1993; pág. 75.

⁷² Id.; pág. 59.

⁷³ Id.; pág. 59.

⁷⁴ Podríamos traducir la expresión como “establecimiento de ventanas de distribución”.

⁷⁵ Barfield, Claude E. – Groombridge, Mark A.; ob. cit.; págs. 929-30.

⁷⁶ Id.; págs. 931/32.

Se argumenta que determinados mercados nacionales de pequeña envergadura no generan suficientes ingresos como para justificar la producción local de obras protegidas por el derecho de autor y que si a las multinacionales se les niega el derecho de proteger sus derechos de propiedad intelectual, incluyendo la facultad de mantener canales de distribución a través del control de las importaciones paralelas, es posible que dejen de llevar a cabo actividades creativas en dichos mercados. Por otro lado, también podría ocurrir que – de permitirse las importaciones paralelas – a las compañías pequeñas les sea difícil competir, con sus limitados recursos, con el producto vendido internacionalmente más barato debido a las importaciones paralelas.⁷⁷

Cabe remarcar que el argumento anterior es sólo parcialmente cierto, dado que si bien es real que hay determinados mercados cuya envergadura es muy limitada como para justificar la producción local, tampoco podemos ignorar que dichos mercados no son los que verdaderamente importan a las multinacionales; los mercados relevantes son los de los países industrializados: es de esos mercados de quien las multinacionales quieren protegerse de las operaciones de importación paralela. Los mercados pequeños no deberían ser tomados en cuenta en el análisis porque no son los que verdaderamente importan en el mercado internacional. Es por ello que el argumento reseñado es principalmente falaz, dado que no reconoce que la importación paralela, por lo general, va a tener como destino el gran mercado de un país industrializado.

III. REGÍMENES LEGISLATIVOS

A) El agotamiento en la UE⁷⁸

Como dijimos más arriba, el TJCE ha dictado numerosos fallos sobre la cuestión, tanto en el ámbito de las marcas, las patentes y el derecho de autor.

En este punto entran en conflicto el principio de libre circulación de mercancías – pilar de todo mercado común – y la excepción a tal principio que dispone el Tratado de Roma⁷⁹ a favor de la propiedad industrial.

En la UE, la cuestión del agotamiento es crucial ya que los derechos de PI pueden presentar una amenaza a la plena integración del mercado común. Ello es así, ya que debido a que estos derechos son esencialmente territoriales el reconocimiento de facultades exorbitantes a favor de los titulares puede conducir a una división artificial del mercado común. En tal sentido, se sostiene que *“el agotamiento de derechos puede ser visto esencialmente como un mecanismo para conciliar el concepto de un único mercado de bienes, proclamado por el Artículo 28 (antes Art. 30), con el efecto territorial de los derechos nacionales de propiedad intelectual, protegidos en virtud de la derogación que se encuentra en el Artículo 30 del Tratado de Roma (antes Art. 36) y la preservación de normas nacionales relativas al derecho de propiedad establecidas en el Artículo 295 del Tratado de Roma (antes Art. 222).”*⁸⁰

La clave del tema que nos ocupa en la UE es el artículo 30 del Tratado de Roma, que autoriza restricciones al comercio entre los Estados miembros de la UE en aras de la protección de los derechos de propiedad industrial. Ahora bien, a los fines de determinar si un determinado derecho puede tener cabida dentro de las excepciones del artículo 30, es necesario determinar si califica como *“propiedad industrial y comercial”*, siguiendo la terminología del Tratado de Roma.⁸¹ Según Bercovitz, dentro del concepto citado *“hay que*

⁷⁷ Id.; pág. 921.

⁷⁸ Hoy en día, antes que de agotamiento en la UE, corresponde hablar de agotamiento en el AEA. El Tratado de constitución del AEA (suscripto en 1992 y que entró en vigor en 1994) fue celebrado entre la UE e Islandia, Liechtenstein y Noruega, miembros éstos últimos de la Asociación de Libre Comercio conocida como EFTA (*European Free Trade Association*). El AEA fue creado debido al deseo de Islandia, Liechtenstein y Noruega de participar en el Mercado Común, aunque sin asumir todas las obligaciones que implica ser miembro de la UE.

El propósito de la EFTA (constituida en 1960 por el Convenio de Estocolmo) es proveer un marco legal para la liberalización del comercio entre sus Estados Parte. Inicialmente, fueron parte de la EFTA los siguientes siete países: Austria, Dinamarca, Noruega, Portugal, Suecia, Suiza y el Reino Unido. Finlandia se unió en 1961 haciendo lo propio Islandia en 1970, y Liechtenstein en 1991. En 1973, el Reino Unido y Dinamarca abandonaron la EFTA para unirse a la UE. Fueron luego seguidos por Portugal en 1986, y por Austria, Finlandia y Suecia en 1995. Actualmente, son miembros de la EFTA Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza. Para mayor información sobre la EFTA, dirigirse a <http://www.efta.int>.

⁷⁹ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma en 1957.

⁸⁰ Norman, Helen; ob. cit.; pág. 159.

⁸¹ El mencionado artículo 30 establece que *“Las disposiciones de los artículos 28 y 29 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros.”* (El subrayado me pertenece). Los artículos 28 y 29 se refieren a las restricciones cuantitativas a la importación y exportación, respectivamente.

incluir todos aquellos derechos atribuidos por las legislaciones nacionales de los Estados miembros a los particulares, que les facultan para impedir o limitar la comercialización de determinados productos dentro del territorio nacional respectivo, facultades ésas que les permiten, por tanto, impedir o restringir la circulación de esos productos entre los Estados miembros de la CEE.”⁸²

En otras palabras, el criterio definitorio – dentro de la noción de propiedad industrial – parece estar dado por el derecho exclusivo de comercialización, el cual está presente en las marcas, las patentes, los modelos de utilidad, los modelos y diseños industriales, las denominaciones de origen y las obtenciones vegetales.⁸³ También, dado que conllevan un derecho exclusivo de comercialización, caben dentro del concepto mencionado los derechos de autor, aunque no puedan calificarse como propiedad industrial.

El conflicto entre la libre circulación de mercancías y la propiedad industrial ha sido resuelto por el TJCE privilegiando la primera (admitiendo el agotamiento regional aunque no el internacional) en torno a tres conceptos: la diferencia entre existencia y ejercicio de los derechos, la noción de objeto específico del derecho y el consentimiento que debe ser necesario para que el derecho se agote.

Respecto de la diferencia entre existencia y ejercicio, el TJCE ha sostenido que el Tratado de Roma no afecta la *existencia* de los derechos de propiedad industrial concedidos con arreglo a las legislaciones nacionales, pero sí puede afectar el *ejercicio* de aquéllos cuando son utilizados para frenar la libre circulación de mercancías y compartimentar el mercado común.⁸⁴ Cabe aclarar que el TJCE debió recurrir a la distinción apuntada ya que el artículo 295 del Tratado de Roma estipula que el Tratado no prejuzga sobre el régimen de propiedad en los Estados miembros. Por lo tanto, el TJCE no hubiera podido entender en los temas relativos a derechos de propiedad industrial de no haber hecho la mencionada distinción.

Otro de los conceptos fundamentales creados por el TJCE es el de “objeto específico”. Según esta doctrina *“la protección de la propiedad industrial y comercial permite prohibir o restringir la libre circulación de mercancías, pero solamente en la medida en que tales prohibiciones o restricciones estén justificadas por la salvaguardia de los derechos que constituyen el objeto específico de esa propiedad.”⁸⁵* En el caso de los derechos de propiedad industrial, se entiende que el “objeto específico” es la recompensa que el ordenamiento jurídico prevé para el titular del derecho. Por lo tanto, si la comercialización de un producto protegido se ha llevado a cabo de tal forma que el titular no obtiene la recompensa prevista por el ordenamiento jurídico (por ejemplo, porque la comercialización ha tenido lugar en un país donde el derecho no está protegido) puede interpretarse que el agotamiento no ha tenido lugar.

Respecto del consentimiento se expresa que *“cuando la persona que introdujo el producto en el mercado comunitario actuó con el consentimiento del titular del derecho que se pretende ejercitar, también se produce el agotamiento del derecho. El supuesto más importante de ese consentimiento consiste en la concesión de licencias, concesión que puede instrumentarse a través de negocios jurídicos de diversa naturaleza (por ejemplo, contrato de licencia, aportación a una sociedad, prestación social accesoria, etc.).”⁸⁶* En el marco de la UE, el TJCE entiende que el consentimiento debe ser expreso, lo que excluye el agotamiento cuando la comercialización se ha producido al amparo de una licencia obligatoria.

Un tema que suscita grandes debates en el marco de la UE tiene que ver con aquellos casos en que la puesta en el comercio ha tenido lugar, no por el propio titular del derecho, pero por una empresa perteneciente a su grupo económico. En este sentido, se advierte claramente que si se interpretase que el agotamiento sólo se produce cuando la puesta en el comercio ha tenido lugar por el titular, entonces sería muy simple vender productos protegidos a través de diversas empresas de un determinado grupo económico a fin de lograr que se considere que el derecho no ha quedado nunca agotado. Esta potencial amenaza para la libre circulación de mercancías fue advertida por el TJCE, el cual adoptó en este punto una concepción amplia del agotamiento, interpretando que éste también se produce cuando la puesta en el comercio ha tenido lugar por una empresa relacionada con el titular del derecho.⁸⁷

⁸² Bercovitz, Alberto en “Tratado de Derecho Comunitario Europeo – Estudio Sistemático desde el Derecho Español”; dirigido por Eduardo García de Enterría, Julio D. González Campos y Santiago Muñoz Machado; Civitas, Madrid, 1986; págs. 524/5. “CEE” significa “Comunidad Económica Europea”, antigua denominación de la UE.

⁸³ Aunque no en los nombres de dominio, según la opinión que ya expresé en la nota al pie N° 2.

⁸⁴ Bercovitz, Alberto; ob. cit.; pág. 534.

⁸⁵ Id.; pág. 535.

⁸⁶ Id.; pág. 549.

⁸⁷ Bercovitz, Alberto; ob. cit.; pág. 539.

1. La UE y el agotamiento del derecho de marca

El artículo 7.1 de la DM dispone:

"1. El derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir el uso de la misma para productos comercializados en la Comunidad con dicha marca por el titular o con su consentimiento.

*2. El apartado 1 no se aplicará cuando existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los productos se haya modificado o alterado tras su comercialización."*⁸⁸

Parecería que la frase "en la Comunidad" no deja dudas respecto de que la UE ha adoptado el agotamiento comunitario de marca. Varios autores han señalado que, en el ámbito de la UE, el agotamiento a nivel comunitario se impone expresando que "el agotamiento a nivel comunitario es una herramienta necesaria para salvaguardar el objetivo del establecimiento de un mercado único. Cualquier otra solución llevaría inevitablemente a la fragmentación y partición del mercado."⁸⁹ Algunos doctrinarios han expresado que de la letra de la DM se desprende claramente que el derecho de marca queda agotado con la primera comercialización en el ÁEA; sin embargo, quedaba por determinar si el principio consagrado era una regla de máxima que impedía la adopción por los Estados miembros del agotamiento internacional o si, por el contrario, se trataba de una regla de mínima, que simplemente dejaba en claro que el agotamiento tenía alcance comunitario, sin impedir que los Estados miembros adoptasen el agotamiento internacional en su legislación marcaria.⁹⁰

Según García Vidal, corresponde interpretar que el artículo 7.1 de la DM no permite que los Estados miembros de la UE establezcan el agotamiento internacional del derecho de marca. Una interpretación contraria traería como resultado que algunos Estados adoptasen el agotamiento internacional mientras que otros adoptarían el agotamiento regional. De esta forma, se pondría en peligro la armonización de las normas nacionales relativas a los derechos de marca que la DM pretende alcanzar y, además, ello traería importantes obstáculos para la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios en el ámbito de la UE. El autor citado expresa además que – conforme lo establece el tercer considerando de la DM – la finalidad del mencionado cuerpo legal no es lograr una armonización completa del derecho de marca en los Estados de la UE, sino que la armonización sólo deberá alcanzar los aspectos relacionados con la adquisición, conservación y contenido del derecho. García Vidal interpreta que el agotamiento hace al contenido del derecho de marca y que el noveno considerando de la DM destaca que es fundamental, para facilitar la libre circulación de bienes y servicios en el ámbito de la UE, que las marcas registradas gocen de la misma protección en el territorio de todos los Estados miembros.⁹¹

Según García Vidal, si se acepta que la DM recoge el agotamiento regional, puede existir el peligro de abuso de los códigos de control, una combinación de dígitos colocados sobre el producto por el titular de la marca cuya finalidad es conocer la "historia" del producto. Mediante este código, el titular de la marca, y solo él, puede saber – entre otras cosas – dónde fue vendido el producto por primera vez y cuáles fueron los canales de comercialización utilizados. Se ha definido a esta situación como "agotamiento secreto". El problema en este caso es que, como sólo el titular de la marca conoce el primer lugar de comercialización de los productos, podría ocurrir que intente frenar una importación paralela proveniente de otro país de la UE, alegando que la primera comercialización se produjo fuera del Mercado Común. Es por ello que algunos autores propugnan la adopción del agotamiento internacional a fin de evitar que los titulares de marcas bloqueen las importaciones paralelas mediante este mecanismo secreto.⁹²

⁸⁸ Por su parte, el artículo 13 del Reglamento (CE) N° 40/94 del Consejo de 20 de diciembre de 1993 sobre la Marca Comunitaria en la UE dispone:

"Agotamiento del derecho conferido por la marca comunitaria

1. El derecho conferido por la marca comunitaria no permitirá a su titular prohibir el uso de la misma para productos comercializados en la Comunidad bajo esa marca por el titular o con su consentimiento;

2. El apartado 1 no se aplicará cuando existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los productos se haya modificado o alterado tras su comercialización."

Como puede apreciarse, el texto de la DM y el del Reglamento son prácticamente idénticos.

⁸⁹ Stamatoudi-Torremans; ob. cit.; pág. 125.

⁹⁰ García Vidal, Ángel, Dr.; "El Alcance Territorial del Agotamiento del Derecho de Marca en la Reciente Jurisprudencia del TJCE (comentario a las sentencias de 16 de julio de 1998 "Silhouette", y de 1 de julio de 1999, "Sebago)"; Actas de Derecho Industrial; vol. XXI, 2000; pág. 568.

⁹¹ Id.; pág. 581.

⁹² Id.; pág. 591.

García Vidal plantea si también se produce el agotamiento en el caso de que el importador paralelo suprime los códigos de control.⁹³

El TJCE ha expresado que en los casos en que el importador paralelo modifica el envase del producto, debe indicar en el envase externo los nombres del re envasador y del fabricante. Si el importador paralelo debió agregar algún artículo a fin de vender el producto, debe asegurarse de que el origen sea indicado de tal forma que el titular de la marca no pueda ser responsable por dicho motivo. Por otro lado, debe notificar por adelantado al titular de la marca, quien puede exigir que el importador le provea un ejemplar del producto re envasado antes de que salga a la venta.⁹⁴ Dicho de otra forma, el TJCE acepta alteraciones no sustanciales al producto que puedan ser necesarias para venderlo en los diferentes mercados nacionales. No obstante lo expresado, no considero que la supresión del código de control sea *necesaria*, por lo que en ese caso opino que no se produciría agotamiento. El problema del “agotamiento secreto” debería solucionarse por otra vía, como sanciones al titular del derecho por prácticas comerciales desleales.

Luego de la adopción de la DM, el TJCE tuvo la oportunidad de precisar el alcance del art. 7.1 en los casos Sebago, Silhouette, Davidoff y Stüssy.

En el caso Sebago,⁹⁵ la empresa del mismo nombre argüía que la importación a la UE – sin su consentimiento – de sus zapatos fabricados y comercializados en El Salvador constituía una infracción con arreglo a la Ley de Marcas del Benelux. Sebago, Inc., una sociedad constituida en los Estados Unidos, había registrado las marcas DOCKSIDES en el Benelux para distinguir zapatos. A su vez, había designado a la empresa Maison Dubois como distribuidora exclusiva de sus zapatos para el Benelux.

En 1996 la empresa G-B Unic S.A., operadora de los hipermercados Maxi-GB, hizo publicidad para la venta de zapatos DOCKSIDES. Se trataba de un lote fabricado en El Salvador y comprado a una sociedad belga especializada en importaciones paralelas. Durante el verano de 1996 G-B Unic vendió la totalidad de los zapatos así adquiridos.

En el caso planteado, ni Sebago ni Maison Dubois pusieron en duda que los zapatos vendidos por G-B Unic eran productos auténticos. Sin embargo, afirmaban que ésta no tenía el derecho de vender los productos en el AEA ya que ni Sebago ni Maison Dubois habían autorizado su venta en el mencionado territorio.

Sebago argumentaba además que su derecho no había quedado agotado en virtud del artículo 13A(8) de la Ley de Marcas del Benelux, el cual implementaba el artículo 7 de la DM, dado que la mencionada norma debía ser interpretada en el sentido de permitir que el titular de una marca se oponga a su uso en relación con artículos genuinos que no hubiesen sido puestos en el mercado en la UE por éste o con su consentimiento. Sin embargo, G-B Unic introdujo un argumento que podríamos denominar como “agotamiento por línea de productos”, ya que sostenía que Sebago había consentido a la importación de los zapatos al haber puesto en la UE zapatos similares a los comercializados en El Salvador.

El TJCE resolvió que si bien el artículo 7.1 de la DM no daba directa respuesta a la cuestión planteada por G-B Unic, también era cierto que los derechos conferidos por la marca sólo se agotan respecto de los productos específicamente comercializados con el consentimiento del titular y, estando dicho consentimiento ausente, el titular siempre puede prohibir la utilización de la marca en virtud de la DM. El TJCE agregó además que dicha interpretación se veía confirmada por el artículo 7.2 de la DM que, al hacer referencia a la “comercialización ulterior” de los productos, deja en claro que el agotamiento sólo afecta a los productos que hubieren sido específicamente objeto de una *primera* comercialización con el consentimiento del titular de la marca. Dicho de otro modo, si se acepta que el propósito del artículo 7 de la DM es permitirle al titular controlar la primera comercialización de productos en el AEA, dicho artículo quedaría vaciado de contenido si para agotar el derecho bastase simplemente con la introducción de productos idénticos o similares a aquellos en relación con los cuales se invoca el agotamiento.

El caso Silhouette⁹⁶ involucraba a la empresa austríaca Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG, titular de la marca SILHOUETTE – registrada en gran cantidad de países – para distinguir anteojos de alto precio. La empresa poseía distribuidores o filiales para vender sus productos fuera de Austria. La otra parte en el caso, la empresa Hartlauer HmbH, vendía – entre otros productos – anteojos a bajo precio. Silhouette rehusaba suministrar productos a Hartlauer justamente por la política de bajos precios de dicha empresa ya que temía que quedara diluida su imagen de fabricante de anteojos de lujo.

⁹³ Id.; pág. 591.

⁹⁴ Nazzini, Renato, Dr.; “Parallel Trade in the Pharmaceutical Market: Current Trends and Future Solutions”; *World Competition, Law and Economics Review*; vol. 26; N° 1; marzo de 2003; págs. 67/68.

⁹⁵ Sebago Inc. y Ancienne Maison Dubois & Fils SA c. G-B Unic SA. Asunto C-173/98. Sentencia del 1 de julio de 1999.

⁹⁶ Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH. Asunto C-355/96. Sentencia del 16 de julio de 1998.

En octubre de 1995 Silhouette vendió 21.000 monturas de anteojos pasados de moda a una empresa búlgara – Union Trading – poniendo como condición a su representante que diera instrucciones a sus clientes de vender las monturas de anteojos solamente en Bulgaria o en los países de la antigua Unión Soviética.

Silhouette entregó las monturas a Union Trading en noviembre de 1995 y luego Hartlauer compró estas mercancías y las puso a la venta en Austria a partir de diciembre de 1995.

Silhouette presentó una demanda de medidas provisionales ante los tribunales austríacos, con el fin de que se prohibiera a Hartlauer poner a la venta en Austria anteojos o monturas de anteojos que llevaran su marca, ya que aquéllos no habían sido comercializados en el territorio del AEA por Silhouette o con su consentimiento, sosteniendo además que – de acuerdo con la DM – no se habían agotado sus derechos de marca.

El TJCE expresó que debía interpretarse que los artículos 5 a 7 de la DM buscaban una completa armonización de la extensión del derecho de marca a nivel comunitario. Si bien los Estados miembros de la UE podían ir más allá de los estándares mínimos de la DM, no podían reducir el nivel de protección reconociendo el agotamiento internacional, lo cual traería aparejado un menor ámbito de protección para el derecho de marca. El permitir que algunos Estados opten por el agotamiento regional, y otros por el internacional, causaría disfunciones en el mercado interno.⁹⁷ Según el TJCE, “*procede interpretar los artículos 5 a 7 de la Directiva en el sentido de que contienen una armonización completa de las normas relativas a los derechos conferidos por la marca.*” El gobierno sueco planteó un punto interesante en el caso Silhouette en el sentido de que la función de las marcas es indicar origen,⁹⁸ no permitir que los titulares de marcas dividan mercados artificialmente y exploten las diferencias de precios y que, además, el agotamiento internacional beneficia a los consumidores dado que promueve la competencia en los precios. El procurador desestimó dicho argumento – al que calificó no obstante como “muy atractivo” – por considerar que escapaba a la cuestión debatida ya que tenía que ver con cuestiones de política comercial.⁹⁹

El argumento de las dificultades para la libre circulación de bienes y servicios, además de haber sido expuesto por el TJCE, es repetido por muchos autores. Por lo tanto, considero importante analizar el supuesto.

Supongamos que el país X, miembro de la UE, adopta el agotamiento internacional del derecho de marca. Teniendo esta situación de fondo, se produce una importación paralela de productos protegidos por una marca desde Z – país no miembro de la UE – hacia el país X (en el país Z los productos fueron puestos en el mercado por el titular o con su consentimiento). Si el titular del derecho de marca intentase frenar la importación, los tribunales del país X seguramente la permitirán, ya que el derecho del titular se agotó (internacionalmente) con la puesta en el comercio de los productos en el país Z. En ese caso, los productos se podrán vender en el país X. Hasta aquí no se producen obstáculos a la libre circulación de bienes y servicios dentro del mercado comunitario.

Ahora bien, supongamos nuevamente que los productos ingresan en X (reiteramos, país que adoptó el agotamiento internacional) provenientes desde Z (recordemos, país no miembro de la UE). Desde X, el importador paralelo los vende a otro importador paralelo ubicado en el país Y (también miembro de la UE que ha adoptado el agotamiento regional). Como Y ha adoptado el agotamiento regional del derecho de marca (y teniendo en cuenta que la comercialización en X no puede ser atribuida al titular ya que tuvo lugar en virtud de una importación paralela), el titular del derecho seguramente tendrá éxito si recurre a los tribunales de Y para frenar dicha importación. En este ejemplo, podemos apreciar claramente que tendría lugar un obstáculo a la libre circulación de mercancías en el ámbito de la UE, contrariando así uno de los principios fundamentales del Tratado de Roma, ya que el titular de la marca – en virtud de los derechos que le confiere la legislación marcaria del país Y – podría frenar una importación paralela proveniente desde X.

⁹⁷ Norman, Helen; ob. cit.; pág. 163.

⁹⁸ Según Mercedes Curto Polo, el reconocimiento de que la marca despliega fundamentalmente una función de identificación de origen no implica desconocer que – en la mayoría de los casos – el consumidor ignorará quién es el verdadero fabricante de los productos que adquiere. De hecho, la frecuente práctica de adoptar marcas distintas del nombre del fabricante tendrá como resultado que muchas veces el consumidor ignore quién es aquél; es decir, ignorará el verdadero origen. Además, la autora citada explica que al permitir el ordenamiento jurídico actos como cesiones o licencias de marcas, no es posible que ésta quede vinculada a un determinado núcleo productivo ya que puede ocurrir que productos identificados con una misma marca sean fabricados por distintas empresas. En función de lo anterior, la doctrina considera que actualmente la función de origen debe ser entendida no como identificación concreta de una determinada empresa por parte del consumidor, sino como la posibilidad que éste debe tener de asociar las marcas con un determinado origen a los fines de atribuir responsabilidad al fabricante (p. ej., por productos defectuosos). V. Curto Polo, Mercedes; Tesis Doctoral “La Cesión de Marca”; Universidad de Salamanca – Facultad de Derecho; Departamento de Derecho Privado, Área de Derecho Mercantil; 2001; págs. 77/78.

⁹⁹ Norman, Helen; ob. cit.; pág. 163.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que también corresponde analizar qué ocurriría en caso de que todos los países de la UE adoptaran el agotamiento internacional. Por ejemplo, los mismos países X e Y adoptan el agotamiento internacional del derecho de marca. Se produce una importación paralela de productos protegidos por una marca desde Z – reitero, país no miembro de la UE – hacia el país X (nuevamente, en el país Z los productos fueron puestos en el mercado por el titular o con su consentimiento). Si el titular del derecho de marca intenta frenar la importación, los tribunales del país X seguramente la permitirán, ya que el derecho del titular se agotó (internacionalmente) con la puesta en el comercio de los productos en el país Z. En ese caso – al igual que en el ejemplo brindado anteriormente – los productos se podrán vender en el país X. Una vez que los productos están en X, se exportan en forma paralela hacia Y. Dado que la ley de Y prevé el agotamiento internacional del derecho, el titular de la marca no podrá evitar que se produzca la importación paralela desde X hacia Y, ni tampoco podrá frenar sucesivas importaciones paralelas en otros países de la UE. Vemos que en este caso no se producen obstáculos a la libre circulación de las mercancías.

A mi juicio queda claro entonces que el obstáculo a la libre circulación de las mercancías se produciría ante la disparidad de soluciones legislativas, es decir, si algunos países de la UE adoptan el agotamiento internacional y otros no. Sin embargo, no se producirían obstáculos a la libre circulación si todos los miembros de la UE adoptan el agotamiento internacional del derecho de marca. En otras palabras, no habría inconveniente en adoptar el agotamiento internacional del derecho de marca en lo que al funcionamiento del mercado interior europeo se refiere.

Cabe preguntarse cuál sería la situación cuando existe consentimiento a nivel contractual. En otras palabras, ¿Qué ocurriría si el titular de una marca o de una patente acepta expresamente que los productos protegidos sean comercializados internacionalmente sin oponerse a las sucesivas ventas después de la primera?

Este tema fue discutido en el caso *Davidoff*,¹⁰⁰ que involucraba a la conocida marca de perfumes y productos cosméticos. La controversia surgió en Inglaterra, donde obviamente la marca se hallaba registrada.

En 1996 Zino Davidoff S.A. – empresa titular de la marca – celebró un contrato de distribución exclusiva con un revendedor en Singapur. Conforme al contrato, el distribuidor se obligaba a revender productos con marca DAVIDOFF a sub-distribuidores dentro de un determinado territorio fuera de la UE, obligando a su vez a dichos sub-distribuidores a no vender dichos productos dentro de la UE.

Una empresa denominada A&G Imports Ltd. importó y comercializó en Gran Bretaña productos con marca DAVIDOFF que habían sido originalmente comercializados por Davidoff, o con su consentimiento, en Singapur. Considerando que dicha importación infringía sus derechos marcarios, Davidoff inició un procedimiento ante la *High Court* en Inglaterra. A&G alegaba que a la luz de los artículos 5.1 y 7.1 de la DM¹⁰¹ – y teniendo en cuenta la forma en la que los productos habían sido comercializados en Singapur – debía interpretarse que la puesta en el comercio había tenido lugar con el consentimiento de Davidoff. La *High Court* decidió referir la cuestión al TJCE.

El TJCE comenzó por expresar que a los fines de dilucidar la cuestión planteada debía tenerse en cuenta que la DM había establecido el agotamiento comunitario, es decir, que el titular de una marca no puede impedir que los productos con marca sean comercializados una vez que hayan sido puestos en la UE – o en el AEA – por el titular o con su consentimiento. Y, citando el caso *Silhouette*, remarcó que la DM no dejaba abierta la posibilidad a los Estados miembros de prever en sus legislaciones reglas que dispusieran el agotamiento respecto de productos comercializados por el titular o con su consentimiento fuera del AEA. La conclusión que se imponía era, entonces, que el titular de una marca puede oponerse a la comercialización de productos que lleven su marca en aquellos casos en que hubieren sido puestos en el comercio fuera del AEA.

El TJCE expresó que el artículo 5 de la DM otorga al titular de una marca derechos exclusivos que le permiten – entre otras cosas – prevenir que terceros, sin su consentimiento, importen productos que lleven la marca en cuestión. Por su parte, el artículo 7.1 contiene una excepción a dicha regla en tanto dispone que los derechos del titular se agotan si los productos han sido puestos en el mercado en la UE o en el AEA por el titular o con su consentimiento. Por lo tanto, el TJCE concluía que el factor decisivo de la cuestión radicaba en determinar el alcance del concepto de “consentimiento”.

El TJCE expresó que, si la interpretación sobre el alcance del consentimiento se dejara librada a los Estados miembros del AEA, la consecuencia sería que la protección a los titulares de marcas variaría de acuerdo con el sistema legal involucrado y no se alcanzaría el objetivo armonizador pretendido por la DM.

¹⁰⁰ Zino Davidoff SA c. A&G Imports Ltd. y Levi Strauss & Co. y otros c. Tesco Stores Ltd. y otros. Asuntos acumulados C-414/99 a C-416/99. Sentencia del 20 de noviembre de 2001.

Según el TJCE, el consentimiento debe ser expresado en forma inequívoca. Ello no implica que el consentimiento deba ser expreso: puede ser también implícito, pero debe ser inequívoco (quedando ello sujeto a la interpretación del tribunal nacional correspondiente que entienda en el caso).

Asimismo, en el caso Davidoff la *High Court* preguntó al TJCE si el consentimiento implícito podía inferirse del hecho de que el titular de la marca no hubiese comunicado a todos los compradores subsiguientes de los productos su oposición a que sean comercializados en el AEA, o por el hecho de que el titular de la marca hubiere transferido la propiedad de los productos que llevan la marca sin limitaciones y que, de acuerdo con la ley que rige el contrato – en ausencia de dichas limitaciones – se entienda que el adquirente puede comercializar los productos dentro del mencionado espacio económico.

La *High Court* había expresado que, sin perjuicio de la decisión recaída en el caso *Silhouette*, el titular de una marca paralela en el Reino Unido no podía impedir que productos que habían sido puestos en el mercado fuera del AEA ingresaran en el Reino Unido en aquellos casos en que se había consentido a dicha importación en forma expresa o implícita, teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes, las cuales podían incluir la naturaleza de los bienes, las circunstancias bajo las cuales habían sido puestos en el mercado, los términos del contrato de venta y las disposiciones de cualquier ley relevante. Si la ley del país donde los bienes fueron puestos en el mercado en primer lugar establecía una presunción (susceptible de ser refutada) de que la primera comercialización de los bienes tuvo lugar sin restricciones en cuanto a su exportación, y no existía un acuerdo expreso que permitiera refutar la presunción mencionada, entonces los tribunales ingleses permitirían la importación paralela.¹⁰²

El TJCE, en desacuerdo con la *High Court*, sostuvo que dado que el consentimiento a la comercialización dentro del AEA debía ser demostrado en forma inequívoca la existencia de aquél no podía inferirse simplemente del silencio del titular de la marca. Por ello, el consentimiento implícito tampoco podía surgir porque el titular de una marca no hubiese comunicado su oposición a la comercialización dentro del AEA o porque los productos no llevasen una advertencia sobre la prohibición de venta de los productos dentro del AEA. Y asimismo concluyó el TJCE que el consentimiento no puede inferirse de la ausencia de restricciones contractuales, o por el hecho de que el titular de la marca hubiese transferido la propiedad de los productos que llevan la marca sin limitaciones.

El caso más reciente de agotamiento de marca en la UE fue la sentencia *Stüssy*,¹⁰³ donde se reiteró el agotamiento regional aunque con una salvedad. El caso fue referido al TJCE por el Tribunal Supremo de Justicia Alemán en carácter de incidente en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Van Doren + Q. GmbH y *Lifestylesports + sportswear Handelsgesellschaft mbH* y Michael Orth, destinado a obtener una interpretación sobre los artículos 28 y 30 del Tratado de Roma y del artículo 7.1 de la DM.

El caso tuvo su origen en un litigio entre Van Doren + Q. GmbH y *Lifestylesports + sportswear Handelsgesellschaft mbH* y Michael Orth (gerente de *Lifestylesports*) relativo a la comercialización por parte de *Lifestyle* de prendas de vestir de la marca STÜSSY, cuyo distribuidor exclusivo en Alemania era Van Doren.

La mencionada marca, de propiedad de la empresa estadounidense Stussy, Inc., está registrada para prendas de vestir informales y, si bien es comercializada a nivel mundial, no hay ningún signo especial que permita determinar exactamente el lugar de comercialización.

Van Doren era distribuidor exclusivo de los productos de Stussy en Alemania, estando además facultado por contrato para ejercitar en nombre propio acciones judiciales por violación de los derechos de marca. Según Van Doren, en cada país del AEA había un único distribuidor exclusivo de productos de Stussy, obligado contractualmente a no entregar tales productos a intermediarios para su comercialización fuera del área de exclusividad. *Lifestyle* comercializó en Alemania productos de la marca STÜSSY no adquiridos de Van Doren, a raíz de lo cual ésta última accionó ante los tribunales alemanes solicitando se impida la comercialización.

¹⁰¹ El art. 5.1 de la DM dispone:

La marca registrada confiere a su titular un derecho exclusivo. El titular estará facultado para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico:
de cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada;
de cualquier signo que, por ser idéntico o similar a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios designados por la marca y el signo, implique por parte del público un riesgo de confusión, que comprende el riesgo de asociación entre el signo y la marca.

¹⁰² Cit. en Abbott, Frederick M.; "*Second Report*"; ob. cit.; pág. 6.

¹⁰³ Van Doren + Q. GmbH c. *Lifestylesports + sportswear Handelsgesellschaft mbH* y Michael Orth. Sentencia del 8 de abril de 2003. Asunto C-244/00.

Según Van Doren, los artículos en cuestión habían sido inicialmente comercializados en los Estados Unidos y Stussy no había autorizado su venta en Alemania o en otro Estado miembro de la UE.

Lifestyle y el Sr. Orth alegaron que el derecho de marca se había agotado ya que la prenda de vestir que había sido comprada como prueba a aquélla en octubre de 1996 había sido adquirida por Lifestyle en el AEA a un intermediario que, aparentemente, la había comprado a su vez a un distribuidor autorizado para comercializarla.

Al remitir el asunto al TJCE, el Tribunal Supremo Alemán señaló que, conforme había sido decidido en los casos *Silhouette* y *Sebago*, en el AEA rige el agotamiento regional, expresando además que el agotamiento debe ser probado en principio por el demandado, conforme el principio general según el cual quien alega un hecho debe probarlo. Sin embargo, al imponerle al demandado la carga de la prueba se corría el peligro de impedir la comercialización a un operador que no estuviera vinculado al titular de la marca, aún en casos en que los productos ya hubiesen sido comercializados en el AEA con el consentimiento de éste. Ello se debe a que, si bien un operador en la mayoría de los casos podía acreditar de quien había adquirido determinados productos, probablemente no podría identificar a todos los demás integrantes de la cadena de distribución y que, en esas circunstancias, se corría el riesgo de que el titular utilizase la marca para compartimentar los mercados nacionales.

Por lo tanto, el Tribunal Supremo Alemán preguntó al TJCE si el demandado por la comercialización de los productos originales de una marca que invoca el agotamiento debía alegar, y en su caso probar, que los productos de que se trata habían sido comercializados por primera vez en el AEA por el propio titular de la marca o con su consentimiento.

El debate sobre la carga de la prueba surgía porque, como fue expresado más arriba, en los productos de Stussy no figuraba ningún signo que permitiera identificar el lugar de comercialización y porque, como ya vimos, Van Doren afirmaba que los productos no habían sido comercializados en el AEA (mientras que Lifestyle afirmaba lo contrario).

El TJCE estimó que si el tercero demandado lograra probar que existe un riesgo real de compartimentación de los mercados nacionales si recae sobre él la carga de probar que los productos fueron comercializados en el AEA por el titular de la marca o con su consentimiento, corresponde al titular de la marca probar que los productos fueron comercializados inicialmente por él o con su consentimiento fuera del AEA. En caso de acreditarse dicho extremo, corresponde entonces al tercero probar la existencia de un consentimiento del titular para la posterior comercialización de los productos dentro del AEA.

Luego de los fallos reseñados, se ha dicho que el TJCE ha dado nacimiento a una “fortaleza europea” (*fortress Europe*) ya que la concepción de agotamiento adoptada opera como una fortaleza respecto de los bienes importados desde fuera de la UE.

Cabe señalar que la postura adoptada por el TJCE difiere de la del Tribunal de la EFTA¹⁰⁴ conforme la sentencia recaída en el caso *Maglite*, en la que éste llegó a la conclusión de que los Estados miembros son libres de aplicar el agotamiento internacional ya que el artículo 7.1 de la DM sólo les prohíbe limitar los efectos del agotamiento a su mercado nacional, porque ello afectaría negativamente el funcionamiento del AEA (es decir, deben establecer como mínimo el agotamiento regional), pero dicha disposición no les impide extender el ámbito geográfico del agotamiento.

Según el Tribunal de la EFTA, el agotamiento internacional favorece el libre comercio y la competencia, lo que a su vez beneficia a los consumidores. Ello se debe a que las importaciones paralelas desde países no miembros del AEA ocasionan una mayor demanda en dicho mercado de los bienes distinguidos con marca. A raíz de esta situación, los precios de los productos serán más bajos que en un mercado en el que sólo existan distribuidores de la denominada “red oficial”.¹⁰⁵ Por otro lado, según el Tribunal de la EFTA, la solución brindada es la única que se ajusta a la función esencial de la marca: servir como indicación de origen o fabricación de los productos. En otras palabras, cuando se importan productos originales puestos en el mercado por el titular de la marca o con su consentimiento, no existen razones para impedir importaciones paralelas de los productos protegidos con marca ya que en ese caso no se viola la indicación de origen. El Tribunal de la EFTA también resaltó la importancia de proteger la función publicitaria o de *goodwill* de la marca, pero considera que la protección de dicha función no justifica restringir las importaciones paralelas.¹⁰⁶

¹⁰⁴ El Tribunal de la EFTA es el órgano judicial de dicha Asociación, e interpreta el Tratado de Constitución del AEA en lo que se refiere a los Estados Parte de la EFTA que son partes en dicho Tratado. Para mayor información sobre el Tribunal de la EFTA, dirigirse a <http://www.eftacourt.lu>.

¹⁰⁵ García Vidal, Ángel, Dr.; ob. cit.; pág. 577.

¹⁰⁶ Id.; pág. 577.

2. La UE y el agotamiento del derecho de patente

En el caso *Centrafarm*,¹⁰⁷ referido por el Tribunal Supremo holandés, el TJCE trató la situación en que una empresa es titular de patentes paralelas en varios países de la UE y los productos son puestos en el ámbito de la UE por el titular de la patente o con su consentimiento, pero en un Estado donde existen precios máximos para los medicamentos.

El TJCE formuló en este fallo su clásica doctrina del “objeto específico” expresando que – en lo que a patentes se refiere – el objeto específico es garantizar que el titular de la patente, a fin de verse recompensado por su esfuerzo creativo, tenga el derecho exclusivo de utilizar la invención con vistas a fabricar productos industriales y ponerlos en circulación por primera vez, ya sea en forma directa o mediante la concesión de licencias a terceros, y que pueda además combatir las infracciones. El TJCE expresó además que puede presentarse un obstáculo a la libre circulación de mercancías si una determinada legislación nacional sobre propiedad industrial dispone que el derecho de un titular no se agota cuando el producto protegido es comercializado en otro Estado miembro, sin importar, a los fines del agotamiento, que el producto hubiese sido puesto inicialmente en el comercio en un país donde regían precios máximos.

En el caso *Merck c. Stephar*,¹⁰⁸ la actora era titular de dos patentes holandesas sobre una droga – Moduretic – y su proceso de fabricación y, conforme a la ley holandesa en ese momento, estaba facultada para impedir la comercialización del producto patentado en Holanda, aún si la droga había sido comercializada en otro país miembro de la UE por Merck o con su consentimiento. Merck comercializaba la droga en Italia, donde en ese entonces no era posible patentar productos farmacéuticos. En el caso quedó claro que, debido a la ausencia de patente en Italia, la droga era allí mucho más barata que en Holanda; aprovechando esa diferencia de precio, Stephar importó la droga en forma paralela de Italia a Holanda.

Recordando el caso *Centrafarm*, el TJCE expresó que podía justificarse un obstáculo a la libre circulación de mercancías a fin de proteger los derechos de propiedad industrial sobre un producto proveniente de un Estado miembro donde no es patentable y ha sido fabricado *sin el consentimiento*¹⁰⁹ del titular de la patente. En este caso, sin embargo, el producto era comercializado en Italia por la propia Merck.

El TJCE expresó que la esencia de una patente era reconocer al inventor el derecho exclusivo de ser el primero en colocar un producto en el mercado y que dicho derecho le permite obtener una recompensa por su esfuerzo creativo sin garantizar, sin embargo, que obtendrá la recompensa en todos los casos. Por lo tanto, correspondía al titular de la patente decidir, a la luz de las circunstancias, las condiciones en virtud de las cuales comercializaría su producto, lo cual incluía la posibilidad de comercializarlo en un Estado miembro donde la ley no reconocía protección por patentes para el producto en cuestión. Si, no obstante lo anterior, el titular comercializa la droga debe entonces aceptar – conforme el principio de la libre circulación de mercancías – que el producto sea libremente comercializado en otros Estados miembros.

El caso *Pharmon c. Hoechst*¹¹⁰ se suscitó a raíz de que esta última intentó impedir que Pharmon comercialice una partida de medicamentos en Holanda. Hoechst era propietaria de una patente alemana y de patentes paralelas en Holanda y el Reino Unido que protegían un proceso para la fabricación de un medicamento denominado Frusemide. En 1972, una empresa inglesa había obtenido una licencia obligatoria para explotar la invención protegida por la patente en Inglaterra, que no permitía la exportación de los productos fabricados bajo licencia. Ignorando la prohibición de exportación, la empresa inglesa vendió a la empresa holandesa Pharmon una partida de tabletas de Frusemide, que ésta última intentó comercializar en Holanda. Ante esta situación, Hoechst inició acciones ante los tribunales holandeses a fin de impedir la venta de la partida en Holanda.

El TJCE expresó que en los casos en que las autoridades competentes de un Estado miembro otorgan una licencia obligatoria – que permite que un tercero realice operaciones de fabricación y comercialización que el titular de la patente normalmente impediría – no puede considerarse que el titular de la patente ha prestado su consentimiento a dichas operaciones, ya que la medida mencionada priva a éste de su derecho de determinar libremente las condiciones de comercialización de los productos.

Recordando *Merck c. Stephar*, el TJCE expresó nuevamente que la esencia de una patente era reconocer al inventor el derecho exclusivo de ser el primero en colocar un producto en el mercado permitiéndole obtener una recompensa por su esfuerzo creativo, por lo cual era necesario que éste pudiese impedir la importación

¹⁰⁷ *Centrafarm BV y Adriaan de Peijper c. Sterling Drug Inc.* Asunto 15/74. Sentencia del 31 de octubre de 1974.

¹⁰⁸ *Merck & Co. Inc. c. Stephar BV y Petrus Stephanus Exler.* Asunto 187/80. Sentencia del 14 de julio de 1981.

¹⁰⁹ El subrayado me pertenece.

¹¹⁰ *Pharmon BV c. Hoechst AG.* Asunto 19/84. Sentencia del 9 de julio de 1985.

y comercialización de productos fabricados al amparo de una licencia obligatoria a fin de proteger el núcleo de dichos derechos exclusivos. Por consiguiente, Hoechst podía impedir la comercialización de tabletas de Frusemide en Holanda.

Las importaciones paralelas de productos farmacéuticos patentados en la UE pueden verse dificultadas por regulaciones nacionales. El caso “*de Peijper*”, también resuelto por el TJCE, se originó a raíz de que la legislación holandesa exigía que ciertos documentos estuviesen en posesión del importador y fuesen presentados a las autoridades a fin de que los productos pudiesen ser comercializados en Holanda. El problema era que los importadores paralelos debían obtener dicha documentación del fabricante, quien lógicamente se negaba a proporcionarla, obstaculizando así la importación paralela. El TJCE expresó que, si las autoridades sanitarias en el país correspondiente ya poseían información sobre el producto que se intentaba importar, no podía exigirse documentación adicional. De esta forma, el TJCE se inclinó por el principio de libre circulación de mercancías.¹¹¹

La situación de las patentes se diferencia de la de las marcas ya que respecto de aquéllas no existe el mismo grado de armonización que respecto de éstas. La Convención sobre Patente Comunitaria de 1975 – que aún no ha entrado en vigor – contiene una formulación sobre el agotamiento esencialmente similar a la presente en la DM; es decir, indica que se produce el agotamiento cuando la comercialización se ha producido “dentro de la Comunidad”. Por lo tanto, si la Convención mencionada entrase en vigor, todo indica que el TJCE aplicaría una doctrina similar a la expuesta en el caso *Silhouette*.¹¹²

3. La UE y el agotamiento del derecho de autor

En el ámbito europeo, era necesario resolver si la referencia a “propiedad industrial y comercial” contenida en el art. 36 del Tratado de la UE incluía también al derecho de autor. El interrogante fue respondido por la afirmativa por el TJCE al expresar que, a fin de evitar caer en un rigorismo formal y rechazar al derecho de autor el beneficio de la excepción prevista en el artículo 30 por la simple razón de no estar ahí mencionado, era posible recurrir a la analogía. Por lo tanto, a los fines del artículo 30 debía asimilarse el derecho de autor a la propiedad industrial y comercial.¹¹³

Según Röttinger, se había argumentado que no era posible aplicar al derecho de autor la jurisprudencia desarrollada por el TJCE respecto de las marcas ya que el derecho de autor comprende facultades morales. Si bien el TJCE ha reconocido las mencionadas facultades, también ha expresado que el derecho de autor comprende asimismo la facultad de explotar comercialmente la obra, particularmente a través de licencias contra el pago de regalías y, por lo tanto, no corresponde establecer en ese sentido un distinción entre el derecho de autor y los derechos de propiedad industrial a los fines del artículo 30. Ello se debe a que la explotación comercial de la obra constituye una fuente de remuneración para su titular por lo que, desde esa óptica, la explotación comercial del derecho de autor plantea los mismos problemas que los derechos de propiedad industrial o comercial.¹¹⁴

De todas formas, y teniendo en cuenta que el art. 30 es una disposición de excepción, el TJCE ha expresado respecto de los derechos de autor – al igual que en lo que a la propiedad industrial se refiere – que la restricción a la libre circulación de mercancías sólo se justifica en la medida en que sea necesario para proteger el objeto específico del derecho de autor.¹¹⁵

En el caso *Musik-Vertrieb membran y K-tel c. GEMA*,¹¹⁶ el TJCE trató sobre discos y cassettes puestos lícitamente en el comercio en una serie de Estados miembros excepto Alemania. Al ser importados a Alemania, la sociedad de gestión colectiva de los derechos de autor en dicho país, GEMA, exigió el pago de la diferencia existente entre la regalía que ya había sido abonada en los países de origen y la regalía más elevada que correspondía abonar en Alemania, argumentado que las licencias no habían sido otorgadas para el territorio alemán y que las regalías habían sido calculadas sólo respecto de la distribución en el país de fabricación. El TJCE expresó que una disparidad entre las legislaciones nacionales no puede justificar que un Estado miembro otorgue protección legal a prácticas de un organismo privado que son incompatibles con

¹¹¹ Nazzini, Renato, Dr.; ob. cit.; pág. 63.

¹¹² Norman, Helen; ob. cit.; pág. 167.

¹¹³ Röttinger, Moritz; ob. cit.; págs. 63 y 65. En el original, art. 36, conforme la antigua numeración del Tratado de Roma.

¹¹⁴ Id.; pág. 67.

¹¹⁵ Id.; pág. 69.

¹¹⁶ *Musik-Vertrieb Membran GmbH y K-tel International c. GEMA – Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte*. Sentencia del TJCE del 20 de enero de 1981. Asuntos acumulados 55 y 57/80.

las reglas relativas a la libre circulación de mercancías. Agregó el TJCE que el autor puede elegir libremente, de acuerdo con sus intereses, dónde pondrá la obra en circulación. En este caso, el TJCE trató el cobro de una regalía suplementaria como una medida equivalente a un arancel aduanero. Según Röttinger, es necesario tener en cuenta que en el caso bajo análisis las obras habían sido puestas en circulación al amparo de una licencia legal en el Reino Unido, por lo que el autor se hallaba limitado en sus facultades de negociación. Por ello, el autor citado se pregunta cómo el TJCE puede haber considerado que el derecho se había agotado teniendo en cuenta que no hubo consentimiento del autor para la puesta en el comercio.¹¹⁷

El caso "EMI Electrola c. Patricia"¹¹⁸ trataba de soportes de sonido puestos en el comercio en un Estado miembro de la UE donde el plazo de protección había expirado. El interrogante que se planteaba era si un titular de derechos en otro Estado miembro – donde el plazo de protección no había expirado – podía oponerse a la importación de dichos soportes. A diferencia de lo expresado en el caso GEMA, el TJCE opinó que si bien la disparidad de legislaciones nacionales puede crear restricciones al comercio intracomunitario de soportes de sonido, éstas pueden estar justificadas si resultan de las diferencias de términos de protección (teniendo en cuenta que éstos están indisolublemente ligados a la existencia misma de los derechos exclusivos) y si no constituyen además un medio de discriminación arbitrario, circunstancia que – conforme el TJCE – no se hallaba presente en el caso.¹¹⁹

En el caso Coditel,¹²⁰ el TJCE trató la situación en que un tercero sin autorización del titular del derecho de autor retransmitió en un segundo Estado miembro un film que ya había sido exhibido públicamente en un primer Estado miembro por un licenciataria que contaba con el consentimiento del titular del derecho. Los derechos para exhibir y radiodifundir el film en el segundo Estado miembro correspondían a un licenciataria distinto de aquel que había exhibido el film en el primer Estado miembro.

El TJCE se preguntó si podían dividirse en forma geográfica dentro de la UE los derechos exclusivos de exhibición pública y radiodifusión del film de forma tal que la exhibición o radiodifusión en un Estado miembro (con el consentimiento del titular del derecho) no interfiriesen con los derechos exclusivos de exhibición o radiodifusión otorgados en otro Estado miembro. El TJCE hizo referencia a la especial naturaleza de la industria cinematográfica y de radiodifusión, que depende para su viabilidad económica de los ingresos obtenidos de las repeticiones por la exhibición de las obras; distinguió además las representaciones públicas de otras obras como los libros y los fonogramas, cuyos ingresos se basan en la puesta en el comercio de ejemplares físicos, concluyendo que – en función de las características de la industria del film y la radiodifusión – la asignación geográfica exclusiva de derechos de exhibición y radiodifusión entre los Estados miembros no entraba en conflicto con la libertad de prestar servicios de acuerdo con lo prescrito por el Tratado de la UE.

Según Abbott, el caso Coditel da a entender que las licencias sobre derechos de exhibición o radiodifusión para un determinado territorio nacional o regional no deberían llevar implícito un derecho paralelo de exhibición o radiodifusión en otro territorio nacional o regional. La divisibilidad territorial de los derechos de exhibición, representación y radiodifusión parece ser un principio aceptado en el ámbito de los derechos conexos debido a la naturaleza particular de las obras exhibidas o radiodifundidas, por lo que las licencias sobre derechos de exhibición y radiodifusión constituyen un caso especial a los fines del análisis del agotamiento.¹²¹

Existen actualmente siete Directivas de la UE en torno al derecho de autor: (i) Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador; (ii) Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual; (iii) Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable; (iv) Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines; (v) Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos; (vi) Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de

¹¹⁷ Id.; págs. 79, 81 y 83.

¹¹⁸ Emi Electrola GmbH c. Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH y otros. Sentencia del 24 de enero de 1989. Caso 341/87.

¹¹⁹ Id.; págs. 89 y 91.

¹²⁰ Coditel SA c. Cine-Vog Films, sentencia del 18 de marzo de 1980 (Coditel I), Asunto 62/79; Coditel SA c. Cine-Vog Films, sentencia del 6 de octubre de 1982 (Coditel II), Asunto 262/81. Cit. en Abbott, Frederick M; "First Report", ob. cit.; págs. 625/6.

¹²¹ Id.; pág. 626.

autor en la sociedad de la información; y (vii) Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.¹²²

Salvo la Directiva sobre el término de protección y la referida al derecho de participación a favor de autores de obras de arte originales (que no tocan el tema que nos ocupa), las demás Directivas sí se refieren al agotamiento.

La Directiva sobre programas de ordenador expresa (art. 4.c) que la primera venta en la UE de una copia de un programa, por el titular de los derechos o con su consentimiento, agotará el derecho de distribución en la UE de dicha copia, salvo el derecho de controlar el subsiguiente alquiler del programa o de una copia de éste.

La Directiva sobre derechos de alquiler, en cambio, es más amplia en su ámbito de protección ya que expresa (art. 1, apdos. 1 y 4) que los derechos de alquiler y préstamo sobre originales y copias de obras protegidas por el derecho de autor no se agotan en caso de venta o de otro acto de difusión de originales y copias.

La Directiva sobre radiodifusión, satélite y cable ha también optado por una postura amplia de protección ya que dispone en su art. 2 que los Estados miembros reconocerán a los autores el derecho exclusivo de autorizar la comunicación al público vía satélite de obras protegidas.

La Directiva sobre la protección de las bases de datos no hace referencia al agotamiento en su parte dispositiva aunque, en sus considerandos, expresa que la cuestión del agotamiento del derecho de distribución no se plantea en el caso de bases de datos en línea debido a que se trata de un servicio, ni tampoco en relación con una copia material de dicha base hecha por el usuario del servicio con el consentimiento del titular del derecho (consid. 33); además, prevé que, en el caso de transmisiones en línea, el derecho de prohibir la reutilización no se agota ni en lo que concierne a la base de datos, ni en lo que concierne a las copias materiales de la base efectuadas con el consentimiento del titular del derecho por el destinatario de la transmisión (consid. 43).

La Directiva sobre los derechos de autor en la sociedad de la información prevé (consid. 28) que la primera venta en la UE del original de una obra o de copias de ésta por el titular del derecho o con su consentimiento agotará el derecho a controlar la reventa de dicho objeto en la UE y que el derecho no se agota cuando se aplica al original o a sus copias vendidas por el titular del derecho o con su consentimiento fuera de la Comunidad. Por otro lado, expresa (consid. 29) que la cuestión del agotamiento no se plantea en el caso de los servicios, y en particular de los servicios en línea, ya que cada uno de dichos servicios es un acto que debe quedar sujeto a autorización cuando así lo exijan los derechos de autor o derechos afines. El art. 3 de esta Directiva reconoce a los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación o puesta a disposición al público de sus obras, aclarando que ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público dará lugar al agotamiento del derecho. El art. 4, referido al derecho de distribución, consagra el agotamiento comunitario.

B) El agotamiento en el acuerdo ADPIC

Según Abbott, la aparición del agotamiento como tema de la agenda económica mundial refleja un cambio en el carácter del sistema económico internacional, como quedó evidenciado por la conclusión del Acuerdo ADPIC. Cada vez más, el valor de los bienes y servicios en el comercio mundial queda definido por su componente de tecnología y/o creatividad. En la tasa de retorno de las inversiones de las empresas juega un rol preponderante el alcance con el que la empresa puede apropiarse del valor añadido de las inversiones en investigación, desarrollo y expresión creativa.¹²³

Según Abbott, la adopción de una política liberalizadora del comercio alienta el crecimiento de la economía, y el sistema del GATT-OMC acepta que los niveles de productividad global aumentan cuando disminuyen las barreras arancelarias y no arancelarias, de forma tal de permitir que los productores de mercancías de bajo costo vendan en la mayor cantidad de mercados posible, maximizando de esta forma la eficiencia productiva. Conforme al autor citado, las normas que restringen las importaciones paralelas son barreras no arancelarias al comercio (más precisamente, cupos), que obstaculizan el tránsito de bienes y mercancías que es necesario para una adecuada asignación de los recursos productivos.¹²⁴

¹²² Fuente: http://europa.eu.int/comm/culture/action/reglem_1_3_es.htm

¹²³ Abbott, Frederick, M.; "Second Report"; ob. cit.; pág. 12.

¹²⁴ Id.; pág. 17.

El Acuerdo ADPIC no consagra un tipo de agotamiento en desmedro de otro. Sólo dispone en su artículo 6 que, a reserva de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 (que se refieren, respectivamente, a las cláusulas de trato nacional y nación más favorecida), no se podrá recurrir a los métodos de resolución de disputas previstos en el Acuerdo para dirimir cuestiones relacionadas con el agotamiento de los derechos de propiedad intelectual.

Explicando esta disposición, García Vidal sostiene que el artículo 6 se limita a establecer que sea cual sea el tipo de agotamiento que un miembro desee elegir, deberá hacerlo con carácter general (respetando el principio de la nación más favorecida, es decir, no podrá permitir las importaciones paralelas provenientes de un miembro y prohibir las que provengan de otro) y sin discriminar en relación con el lugar de procedencia de las importaciones paralelas (respetando el principio de trato nacional, es decir, sin discriminar entre productos nacionales y extranjeros).¹²⁵

En vista de lo antedicho, es decir, teniendo en cuenta que el ADPIC no prohíbe expresamente las importaciones paralelas, se ha concluido que el Acuerdo las permite y que éstas constituyen una de las medidas que los países miembros pueden adoptar para proteger la salud pública con arreglo al artículo 8.1 del Acuerdo.¹²⁶

De todas formas, la amplitud que parece surgir del artículo 6 citado ha sido puesta en duda por algunos doctrinarios, quienes alegan que una política liberal en este sentido entraría en conflicto con los artículos 27.1 y 28 del Acuerdo ADPIC los cuales prevén, respectivamente, que no se podrá discriminar entre productos nacionales e importados a los fines de poder gozar de los derechos que otorga una patente y que los titulares de patentes gozarán de un derecho exclusivo de importación. Asimismo, también se ha argumentado que el agotamiento internacional entra en conflicto con los principios de territorialidad e independencia de las patentes previstos en el Convenio de París.¹²⁷

De todas formas, otro sector doctrinario sostiene que debe efectuarse una distinción entre territorialidad y régimen de agotamiento: del hecho de que los derechos de propiedad industrial sean territoriales no cabe inferir necesariamente que el régimen de agotamiento deba ser territorial, ya que una cuestión es la territorialidad y otra las consecuencias prácticas que de ella se derivan; por ejemplo, si una marca o una patente es concedida en la República Argentina estará regida por el principio de territorialidad. No obstante lo anterior, dicho derecho de propiedad industrial puede tener *consecuencias prácticas* que van más allá de la territorialidad como, por ejemplo, cuando se introduce el producto protegido en el comercio en virtud de una importación paralela.¹²⁸

Refuerza la interpretación que admite las importaciones paralelas la nota 13 al artículo 51 del Acuerdo ADPIC. El artículo 51 establece las llamadas “medidas en frontera”, las cuales obligan a los Estados Miembros a suspender – mediante procedimientos a nivel aduanero o judicial – el despacho a plaza de mercaderías en aquellos casos en que el titular de un derecho crea que se producirá una importación de mercancías falsificadas. Según Moncayo, el hecho de que la nota 13 del artículo 51 establezca que los mencionados procedimientos no se aplicarán a aquellas mercaderías que hubieren sido puestas en forma lícita en el mer-

¹²⁵ García Vidal, ob. cit.; pág. 580.

¹²⁶ Correa, Carlos “*Integrating Public Health Concerns into Patent Legislation in Developing Countries*”; www.southcentre.org/publications/publichealth/toc.htm; VII. *Exceptions to Exclusive Rights*. El artículo 8.1 del Acuerdo ADPIC dispone que “*Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico.*” Se puede interpretar que las importaciones paralelas constituyen medidas para proteger la salud pública ya que se supone que permitirán precios más bajos pudiendo los medicamentos patentados ser vendidos a la población a menor precio. En este punto, Correa cita la Ley de Medicamentos de Sudáfrica, la cual autoriza al Ministro de Salud a establecer condiciones para el suministro de medicamentos a precios más accesibles en ciertas circunstancias a fin de proteger la salud del público; en particular, el Ministro de Salud puede determinar que los derechos respecto de un medicamento con arreglo a una patente otorgada en Sudáfrica no se extenderán a aquellos casos en que dicho medicamento ha sido puesto en el mercado por el propietario del medicamento o con su consentimiento. Así, Sudáfrica estaría optando por un sistema internacional de agotamiento. Esta disposición fue objetada por 42 laboratorios farmacéuticos y motivó la inclusión de Sudáfrica en la lista de vigilancia del Departamento de Comercio de los Estados Unidos con arreglo a la Sección 301 (Correa, Carlos; ob. cit.).

La Sección 301 “*es el fundamento legal principal en virtud del cual los Estados Unidos pueden imponer sanciones comerciales sobre países extranjeros que ya sea violan acuerdos comerciales o de otra forma mantienen en vigor leyes o prácticas injustificadas y que restringen el comercio de los Estados Unidos*” cfr. sitio web del Departamento de Comercio de los Estados Unidos, <http://www.ita.doc.gov/td/industry/otea/301alert/about.html>.

El argumento utilizado por Estados Unidos para objetar la Ley Sudafricana de Medicamentos era que se estaban limitando los derechos del titular de una patente ya que, en virtud de la mencionada legislación, no se podían impedir las importaciones del producto protegido (cfr. el art. 28 del Acuerdo ADPIC).

¹²⁷ Correa, Carlos; ob. cit. Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial; artículo 4 bis 1), cfr. Acta de 1967.

¹²⁸ Cohen Jehoram, Herman; “*Prohibition of Parallel Imports Through Intellectual Property Rights*”; IIC; vol. 30; N° 5/1999; pág. 500.

cado por el titular del derecho o con su autorización implica que los Estados Miembros del Acuerdo ADPIC no quisieron prohibir las importaciones paralelas.¹²⁹

También es necesario tener en cuenta la nota 6 al artículo 28. El mencionado artículo enumera los derechos de los titulares de patentes, entre los cuales se cuentan – sin carácter taxativo – los de fabricación, importación y venta. Ahora bien, el Acuerdo aclara que las mencionadas facultades estarán sujetas al artículo 6 (que, como ya vimos, trata sobre el agotamiento).¹³⁰ Según Heath, ello implica que el derecho de importación debe adecuarse a los límites establecidos en la ley del país correspondiente, sin que el hecho de que se establezca un derecho de importación pueda ser interpretado en el sentido de favorecer el agotamiento nacional.¹³¹ Heath considera errada la postura de quienes creen ver la adopción del agotamiento nacional al consagrarse en el art. 28 el derecho de importación ya que, si bien el derecho de importación es ciertamente útil a fin de frenar las importaciones de productos falsificados (porque de lo contrario el titular de la patente debería esperar a que los productos ingresen en el mercado a fin de obtener reparación), lo anterior no implica que el derecho de importación deba seguir reglas distintas de las aplicadas a los derechos de producción y venta. En otras palabras, si suponemos que el derecho se agota con la primera venta, ello alcanza para agotar todos los derechos, ya que si al titular de la patente se le reconocen una serie de derechos como la producción, venta e importación, todo el conjunto de derechos queda agotado una vez producida la primera venta, no pudiendo invocarse por separado un derecho de importación. Concluye Heath que el considerar que el ADPIC prohíbe las importaciones paralelas cuando el preámbulo del Acuerdo establece la necesidad de los Miembros de “asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo” requiere mucha imaginación.¹³² Para Heath ha quedado claro que los Estados miembros del ADPIC se han puesto de acuerdo para ponerse en desacuerdo (*agreed to disagree*),¹³³ en particular por la Declaración de Doha sobre el Acuerdo ADPIC y la salud pública del 14 de noviembre de 2001, que sobre este punto expresa: “El efecto de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC que son pertinentes al agotamiento de los derechos de propiedad intelectual es dejar a cada miembro en libertad de establecer su propio régimen para tal agotamiento sin impugnación, a reserva de las disposiciones de los artículos 3 y 4 sobre trato NMF y trato nacional”.¹³⁴

Según Abbott, el artículo 6 del ADPIC es el resultado de un compromiso entre los participantes de la ronda Uruguay. Por un lado, los países en vías de desarrollo que en su mayoría defendían el agotamiento internacional, la UE – que intentó preservar el principio de agotamiento comunitario – y los Estados Unidos, que favorecerían la restricción de las importaciones paralelas. Abbott sostiene que la fórmula a la que se llegó transmite tres mensajes: 1) la cuestión del agotamiento y las importaciones paralelas no fue ignorada; 2) los negociadores del ADPIC no llegaron a un consenso sobre este punto; 3) no habiéndose llegado a un consenso, los miembros de la OMC se reservan el derecho de regular las importaciones paralelas en la forma que consideren apropiada.¹³⁵

En mi opinión, el Acuerdo ADPIC permite a sus Miembros adoptar el régimen de agotamiento que consideren apropiado, y ningún otro Miembro podrá hacer uso del sistema de solución de controversias

¹²⁹ Moncayo von Hase, Andrés; ob. cit.; págs. 146/7.

¹³⁰ Id.; pág. 147.

¹³¹ Heath, Christopher; “Parallel Imports in Asia”; ob. cit.; pág. 23. Esta situación tendría lugar si se pudiese argumentar que el derecho de importación implica que los titulares de derechos de patentes – en virtud de la facultad de importación – tienen la facultad de obstaculizar las importaciones realizadas al margen de la red oficial en países donde el titular en cuestión tiene su derecho registrado.

¹³² Heath, Christopher; “Parallel Imports and International Trade”; ob. cit.; págs. 629-630. El texto oficial del Acuerdo se encuentra disponible en el sitio web oficial de la OMC: <http://www.wto.org>.

¹³³ Heath, Christopher; “Parallel Imports in Asia”; ob. cit.; pág. 23.

¹³⁴ Declaración Ministerial relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública. Doc. WT/MIN(01)/DEC/2. Disponible en el sitio web oficial de la OMC.

¹³⁵ Abbott, Frederick, M; “First Report”; ob. cit., págs. 609-10. Abbott señala correctamente que similares consideraciones son aplicables respecto del TODA y del TOIEF. En lo referente al tema que nos ocupa, el art. 6 del TODA establece:

“Artículo 6. Derecho de distribución. 1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad.

2) Nada en el presente Tratado afectará la facultad de las Partes Contratantes de determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho del párrafo 1) después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor.”

Por su parte, el art. 8 del TOIEF, dispone:

“Artículo 8. Derecho de Distribución. 1) Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, mediante venta u otra transferencia de propiedad.

2) Nada en el presente Tratado afectará la facultad de las Partes Contratantes de determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho del párrafo 1) después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la interpretación o ejecución fijada con autorización del artista intérprete o ejecutante.”

previsto en el Acuerdo a raíz de dicha elección, como tampoco por el hecho de no prever medidas en frontera contra importaciones paralelas.¹³⁶ Más allá de que algunos artículos permitan dar a entender una toma de posición en uno u otro sentido, considero que no fue la intención de los Estados Parte dejar un tema de tal importancia librado a la interpretación doctrinal.

Desde el punto de vista del comercio exterior, la adopción unilateral del agotamiento internacional puede tener efectos neutrales, o ser una ventaja o desventaja comparativa, dependiendo del alcance del agotamiento adoptado. Conde Gallego da el siguiente ejemplo: el país X permite las importaciones paralelas y el país Y no las permite. Las empresas de X deberán soportar las importaciones paralelas provenientes de Y, no pudiendo exportar en forma paralela hacia Y. Por otra parte, las empresas de Y podrán frenar las importaciones paralelas que provengan desde X, pero deberán soportarlas en el territorio de este último. En otras palabras, entre dos países con regímenes de agotamiento distintos, las respectivas ventajas y desventajas de los regímenes de agotamiento se ven compensadas.¹³⁷

Sin embargo, el agotamiento internacional puede constituir una desventaja si examinamos la misma situación descrita en el párrafo anterior, aunque desde un tercer país. En otras palabras, tenemos a los mismos países: X – que permite las importaciones paralelas – e Y, que no las permite. Por otra parte, existen empresas de X e Y que comercian en un tercer país, Z. Las empresas de X que comercian en Z deberán tolerar las importaciones paralelas que provengan desde este último país (lo que les impedirá mantener precios muy bajos en Z a riesgo de tener que tolerar importaciones paralelas). Las empresas de Y podrán mantener precios bajos en Z dado que podrán frenar las importaciones paralelas que provengan de este último país. Suponiendo que existan dos empresas, una de X y otra de Y – que compitan con los mismos productos en Z – las empresas provenientes de Y tendrán mayores ventajas comparativas debido a que podrán frenar las importaciones paralelas que se intenten hacer hacia Y. Las empresas de X, por el contrario, no podrán dejar caer los precios más allá de un determinado nivel porque, si así fuese, deberán soportar importaciones paralelas desde Z. Conde Gallego explica que en este caso se ve claramente cómo la adopción unilateral del agotamiento internacional puede ser una desventaja comparativa – en el caso de X – y una ventaja comparativa, en el caso de Y.¹³⁸

Finalmente, Abbott expresa que es indudable que existen diferencias entre los mercados de los miembros de la OMC. Sin embargo, dichas diferencias nunca fueron utilizadas para imponer cupos o medidas de efecto equivalente en relación con productos no protegidos por derechos de PI que provinieran de regiones pobres. Por eso, la regla respecto de los productos protegidos por derechos de PI no debería ser distinta.¹³⁹

C) El agotamiento en el ALCA

El borrador propuesto del Acuerdo que establece el Área de Libre Comercio de las Américas (“ALCA”), adopta en el artículo 4 de su capítulo sobre propiedad intelectual un principio similar al del Acuerdo sobre los ADPIC (es decir, se deja librada la decisión sobre el tema a los Estados Parte) pero se prevé que las Partes reverán sus respectivas legislaciones dentro de un plazo máximo de cinco años a contar desde la entrada en vigor del Acuerdo para adoptar, como mínimo, el agotamiento regional.

D) El agotamiento en el pacto andino

La Decisión Legislativa 486, referida a la propiedad industrial, adopta el agotamiento internacional.¹⁴⁰

El agotamiento está previsto en los arts. 54 (respecto de las patentes), 101 (respecto de los esquemas de trazado de circuitos integrados) y 158 (respecto de las marcas). Si bien las disposiciones mencionadas no son idénticas, habida cuenta de las diferencias entre los derechos involucrados, las tres básicamente prevén que el derecho se agota una vez que el producto protegido hubiese sido puesto lícitamente en el comercio de cualquier país por el titular del derecho o con su consentimiento, o por otra persona económicamente vinculada a él.

¹³⁶ El sistema de solución de controversias del Acuerdo ADPIC – instrumentado a través de consultas y paneles – es probablemente su característica más novedosa, ya que los tratados multilaterales sobre PI tradicionalmente han previsto como mecanismo de solución de controversias el recurso a la Corte Internacional de Justicia, el cual era poco utilizado por considerarse engorroso y complicado.

¹³⁷ Conde Gallego, Beatriz, “*The Principle of Exhaustion of Rights and its Implications for Competition Law*”; IIC; vol. 34; N° 5/2003; pág. 492.

¹³⁸ Id.; pág. 492.

¹³⁹ Abbott, Frederick, M., “*First Report*”; ob. cit.; pág. 622.

¹⁴⁰ Decisión Legislativa 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial adoptada en Lima, Perú, el 14 de septiembre de 2000.

En las tres disposiciones se entiende que existe vinculación económica entre dos personas cuando una pueda ejercer directa o indirectamente sobre la otra una influencia decisiva con respecto al ejercicio del derecho, o cuando un tercero pueda ejercer tal influencia sobre ambas personas.

La Decisión Legislativa 351, sobre derecho de autor, no ha regulado el tema.¹⁴¹

E) El agotamiento en el Mercosur

El agotamiento está previsto en el Protocolo de Marcas¹⁴² pero no se consagra un tipo de agotamiento específico, sino que se deja librada a los Estados la facultad de prever medidas que lo regulen. El artículo 13 del Protocolo de Marcas dispone *“Agotamiento del derecho. El registro de una marca no podrá impedir la libre circulación de los productos marcados, introducidos legítimamente en el comercio por el titular o con la autorización del mismo. Los Estados Parte se comprometen a prever en sus respectivas legislaciones medidas que establezcan el Agotamiento del Derecho conferido por el registro.”*

El Protocolo de Diseños,¹⁴³ por su parte, sí consagra el agotamiento regional. El artículo 13 del Protocolo dispone *“Agotamiento del Derecho. La protección de un Diseño Industrial en uno de los Estados Partes no podrá impedir la libre circulación de los artículos que ostenten o incorporen el mismo diseño después que hayan sido introducidos legítimamente en el comercio de cualquiera de los Estados Partes del MERCOSUR, por el titular o con su consentimiento.”* De la disposición citada, surge claramente que el Protocolo ha adoptado el agotamiento regional.

Analizando la disposición comentada, Martínez Medrano ha dicho que *“El ejercicio del derecho del titular del diseño se ejerce (en su faz positiva) con la introducción del producto que lo incorpora en el mercado. Esta primera comercialización, realizada por el titular o por un tercero con su autorización, es el ejercicio de su derecho, el cual se agota con ese ejercicio.”*¹⁴⁴

El autor citado expresa que el artículo 13 del Protocolo de Diseños constituye una toma de posición en el marco del Mercosur respecto del agotamiento.¹⁴⁵ Si bien ello es cierto, no se entiende por qué en el Protocolo de Marcas no se fijó una posición dentro del Mercosur y respecto de los diseños se optó por el agotamiento regional. Además de constituir una contradicción que no encuentra mayor fundamento, el hecho de que no se haya adoptado expresamente el agotamiento regional en materia de marcas podría causar una disfunción en el mercado interno resultante de disparidades en las legislaciones (v. pto. III.1.1 más arriba).

Por otro lado, resulta claro que no se desarrollará en el Mercosur la abundante jurisprudencia dictada sobre agotamiento del derecho en el ámbito de UE mientras no exista un órgano jurisdiccional permanente. Actualmente (junio de 2004), el Mercosur cuenta con la siguiente estructura institucional: Consejo del Mercado Común (órgano supremo que fija las políticas del mercado común conforme el Tratado de Asunción), el Grupo Mercado Común (órgano ejecutivo del Mercosur encargado de velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción), la Comisión de Comercio (encargada de aplicar los instrumentos de política comercial acordados en el marco del Mercosur), la Comisión parlamentaria Conjunta (órgano representativo de los parlamentos de los Estados Parte), el Foro Consultivo Económico-Social (que representa a los sectores económicos y sociales de los Estados parte) y la Secretaría (que cumple funciones organizativas). Aunque existen laudos dictados por tribunales arbitrales del Mercosur, dichos tribunales son *ad hoc* y, si bien el Tratado de Asunción preveía que antes del 31 de diciembre de 1994 los Estados Partes adoptaran un Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común, ello no ocurrió y no está previsto que ocurra en un futuro cercano.¹⁴⁶

Cabe aclarar que, a la fecha, ni el Protocolo de Marcas ni el de Diseños han entrado en vigor.

¹⁴¹ Decisión Legislativa 351, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, adoptada en Lima, Perú, el 17 de diciembre de 1993.

¹⁴² Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el Mercosur, en Materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen; Documento MERCOSUR/CMC/DEC. N° 8/95.

¹⁴³ Protocolo de Armonización de Normas en Materia de Diseños Industriales; MERCOSUR/CMC/DEC. N°16/98.

¹⁴⁴ Martínez Medrano, Gabriel A.; *“El Diseño Industrial en el Mercosur”*; Jurisprudencia Argentina; T. III; 2000; Buenos Aires; pág. 1336. Id.; pág. 1336.

¹⁴⁶ Para mayor información sobre la estructura institucional del Mercosur, visitar el sitio de Internet de la organización: <http://www.mercosur.org.uy>.

F) El agotamiento en la Argentina

1. El agotamiento en el ámbito del derecho de marca

Si bien la Ley de Marcas actual (N° 22.362) nada dice sobre el tema, podríamos interpretar que el art. 48 inc. 5 de la anterior Ley de Marcas N° 3.975 prohibía las importaciones paralelas, ya que sancionaba penalmente a quien vendía “*marcas auténticas sin conocimiento de su propietario*”.¹⁴⁷

Bajo la Ley 3.975 se dictó un cierto número de fallos sobre casos de importación paralela o cuestiones relacionadas.¹⁴⁸ Sin embargo, no es fácil establecer una serie de principios a partir de dicha jurisprudencia dado que las decisiones fueron variadas. Sí es posible decir que, en los dos casos en que la importación paralela involucraba productos protegidos por marcas cuyos titulares eran los mismos en la Argentina y en el extranjero (R.E.G. y Precisa, comentados más adelante), los tribunales intervinientes decidieron que se había producido agotamiento (aunque sin utilizar expresamente dicho término).

En el caso *Lemonnier c. Simsilevich*,¹⁴⁹ la firma querellante era titular de las marcas CURALUES, ERYTHROLUES y PILULES ORIENTALES para productos medicinales que adquiría de sus fabricantes franceses, a título de concesionaria exclusiva en la República Argentina, e inició querrela contra los Sres. Marcos Simsilevich y Luis Hendler a fin de que cesaran en el uso en el país de productos identificados con dichas marcas. Los querrellados habían adquirido los artículos cuestionados directamente de sus productores franceses.

Los querrellados imputaron a la firma querellante haber incurrido en prácticas restrictivas de la competencia, a lo cual el juez de primera instancia respondió que no se podía considerar que la Ley de Marcas vulnerase la libre competencia, sino que la reglamentaba sin desconocerla garantizando asimismo la propiedad industrial y protegiendo los derechos de los productores, comerciantes y consumidores.

Los querrellados también sostuvieron que al haber existido en el mercado – con anterioridad a la fecha en que la querellante registró sus marcas – productos con idénticas marcas, las registradas por la actora carecían de novedad. Sin embargo, el juez sostuvo que la novedad exigida por la Ley de Marcas no era absoluta, ya que la marca sólo debía ser novedosa respecto del artículo a distinguir. El juez consideró que en el presente caso no podía afirmarse que las marcas fundamento de la acción hubieren perdido su carácter novedoso dado que se trataba de productos de la misma fábrica y nadie había usado dichos nombres para distinguir artículos similares.¹⁵⁰ En función de lo anterior, el juez de primera instancia condenó a los imputados.

La Cámara, en cambio, estimó que los imputados no se hallaban incurso en ninguno de los tipos establecidos por los incs. 5 y 6 del art. 48 de la Ley 3.975¹⁵¹ expresando que en el presente caso los Sres. Simsilevich y Hendler habían vendido artículos con marcas legítimas comprados a su propio fabricante. Según la Cámara, la mención a los que “*vendan marcas auténticas sin conocimiento de su propietario*”, contenida en el inc. 5 del art. 48, debía entenderse como referida la venta de clisés o etiquetas auténticas, no a los productos mismos. Tampoco era aplicable el inc. 6 del artículo analizado ya que los productos farmacéuticos que vendían los querrellados eran legítimos y las marcas auténticas. Conforme a la Cámara, la querellante tendría que haber acordado con los fabricantes que éstos no vendieran a otros comerciantes si querían proteger su

¹⁴⁷ El mencionado artículo expresaba “*Art. 48.- Serán castigados con multa de veinte a quinientos pesos moneda nacional y arresto de un mes a un año, no pudiendo ser redimida con dinero la pena corporal:.....*”

¹⁴⁸ 5) *Los que a sabiendas vendan, pongan en venta, o se presten a vender marcas falsificadas y los que vendan marcas falsificadas y los que vendan marcas auténticas sin conocimiento de su propietario.....*”

¹⁴⁹ En el presente trabajo se cita además un fallo – Bardahl – dictado bajo la Ley 22.362, además de dos fallos – Francmode – dictados cuando la Ley 22.362 ya había entrado en vigencia pero decididos con arreglo a la vieja Ley (ya que los hechos discutidos habían tenido lugar estando vigente ésta última).

¹⁵⁰ Señores L. Lemonnier y Cia contra Marcos Simsilevich y otro, por usurpación de marca. Corte Suprema de Justicia de la Nación; 11 de diciembre de 1931.

¹⁵¹ Considero imprecisa la aplicación de la palabra “novedosa” a una marca, concepto que parece más bien aplicable al ámbito de las patentes. El fallo probablemente debió haberse referido a la “ausencia de confusión de la marca”. Por otro lado, la “novedad” en el sentido del derecho de patentes no es relevante en el ámbito de las marcas ya que puede solicitarse una marca previamente usada y hasta incluso registrada, si es que su titular la dejó de usar o no la renovó a su vencimiento. Sabemos que en el derecho de patentes, en cambio, el uso previo de la invención cuyo patentamiento se solicita puede llegar a implicar pérdida de la novedad, y por lo tanto del derecho a patentar.

El inciso 6 del art. 48 de la Ley 3.975 establecía:

“*Art. 48.- Serán castigados con multa de veinte a quinientos pesos moneda nacional y arresto de un mes a un año, no pudiendo ser redimida con dinero la pena corporal:.....*”

6) *Los que con conocimiento vendan, pongan en venta, se presten a vender o a circular artículos con marca falsificada o fraudulentamente imitada.....*”

condición de representantes exclusivos en la Argentina. Sin embargo, lo anterior no podía dar lugar a autorizar a la querellante a perseguir criminalmente a los comerciantes a quienes el fabricante hubiese vendido en el extranjero los mismos productos. Por ende, si los fabricantes – aunque hubiesen registrado sus marcas en el país – no habrían podido perseguir a los querellados, con más razón tampoco lo podía hacer la querellante, que era una mera concesionaria. En razón de lo anterior, la Cámara revocó el fallo de primera instancia, absolviendo a los imputados; contra dicha sentencia, la querellante interpuso recurso extraordinario.

En su dictamen ante la Corte, el Procurador expresó que la propiedad de una marca acuerda a su titular el derecho exclusivo de usar en los objetos de comercio el signo distintivo, lo cual incluye la facultad de ejercer acciones penales. Por ello, no podía admitirse que en la Argentina un comerciante tuviese que tolerar que un tercero utilizase la marca de tal comerciante sin que éste pudiese impedirlo. No importaba a tales fines que los productos hubiesen sido adquiridos en el extranjero al mismo fabricante, ya que éste no hubiera podido venderlos en la Argentina por no tener registrada aquí la marca a su nombre, razón por la cual no podía transmitir a terceros un derecho que él no tenía. El Procurador tampoco consideró que los querellantes deberían haberse asegurado que los fabricantes no vendiesen a terceros los productos respecto de los cuales ellos eran representantes exclusivos ya que, si así fuera, resultarían ilusorias las disposiciones de la Ley 3.975, en particular de su art. 6,¹⁵² debiendo los titulares de marcas recurrir a otras normas para proteger sus derechos.

Según el Procurador, los querellados habían cometido el delito previsto en el inc. 5 del art. 48 ya que habían vendido marcas sin conocimiento de su propietario, es decir, habían cometido el delito de usurpación de marca. Y aún en el hipotético caso en que la querellante hubiese incurrido en prácticas anticompetitivas – tal como sostuvieron los querellados – se trataría de diferentes infracciones que no podían detener el proceso iniciado, así como tampoco era relevante la alegada falta de novedad esgrimida por los querellados ya que no se había probado que los nombres de esas marcas se hubiesen usado para distinguir artículos similares.¹⁵³ Por ende, el Procurador aconsejó que el fallo de Cámara fuese revocado condenando a los imputados.

En su fallo, la Corte recordó que, en el régimen establecido por la Ley 3.975, se protegía la marca registrada conforme a las disposiciones de la Ley, es decir, el registro de una marca tenía carácter atributivo y, en consecuencia, las marcas extranjeras sólo eran válidas desde su registro en el país. Por lo tanto, los fabricantes franceses que vendieron los productos a los querellados no podían hacer circular marcas no registradas en el país, a pesar de que sí lo estaban en Francia. La Corte expresó que, si los fabricantes mismos no podían hacer uso de las marcas, lo propio podía decirse de terceros como los querellados.

La Corte dijo asimismo que no obstaba a la acción de la querellante el hecho de que no fabricaba los productos cuya venta intentaba hacer cesar ya que la Ley de Marcas de Fábrica, Comercio y Agricultura amparaba – como su nombre indicaba – por igual al fabricante, al comerciante y al agricultor; siendo la firma Lemonnier una intermediaria, le cabía la calificación de “comerciante” que la Ley amparaba y, por lo tanto, podía reclamar por la violación de su marca.

La Corte tampoco consideró relevante el argumento basado en las prácticas anticompetitivas ya que si bien reconoció que el art. 14 de la Constitución establece la libertad de comerciar,¹⁵⁴ ésta – al igual que los demás derechos de jerarquía constitucional – se halla sujeta a las leyes que reglamentan su ejercicio, entre las cuales se cuentan las que protegen los derechos de propiedad industrial e intelectual.

La Corte remarcó que el inc. 4 del art. 48 sancionaba a los que “*pongan a sabiendas sobre sus productos o efectos de su comercio una marca ajena o fraudulentamente imitada*”, y el inc. 5 a los que vendan marcas auténticas sin conocimiento de su propietario. Si se interpretaban ambas disposiciones, podía concluirse que la primera penaba la imposición de una marca ajena sobre los productos propios y la segunda penaba el acto de vender marcas ajenas sobre productos propios o ajenos. Según la Corte, la interpretación de la Ley 3.975 permitía concluir que, una vez registrada en el país una marca para determinados productos, sin importar si éstos o aquélla eran nacionales o extranjeros, nadie la podía emplear, razonamiento aplicable incluso al propio fabricante de los productos. A raíz de lo anterior, la Corte expresó que no podía admitirse que se pene al que use o venda etiquetas o marcas ajenas y no al que las vende pegadas a las mercaderías que individualiza, sean éstas auténticas, falsificadas o imitadas. Por lo tanto, correspondía revocar la sentencia objeto de recurso condenando a los imputados.

¹⁵² El cual disponía que “*La propiedad exclusiva de la marca, así como el derecho de oponerse al uso de cualquiera otra que pueda producir directa o indirectamente confusión entre los productos, corresponderá al industrial, comerciante o agricultor que haya llenado los requisitos exigidos por la ley.*”

¹⁵³ Nuevamente, se aplica en forma a nuestro juicio incorrecta el concepto de “novedad” respecto de las marcas.

¹⁵⁴ El art. 14 de la Constitución Nacional (parte pertinente) dispone “*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar...*”

En el caso Tauber c. Veneziani,¹⁵⁵ el actor promovió querrela en sede penal a raíz de que el acusado vendía pulverizadores marca IDEAL, sabiendo que Tauber era propietario de dicha marca proteger los mencionados productos.

Conforme el querellante, Veneziani había cometido el delito tipificado en los incs. 5 y 6 del art. 48 de la Ley 3.975.

Según el juez de primera instancia, del examen del artículo secuestrado, surgía que la marca con la que aquél estaba identificada había sido aplicada en Suiza y procedía de su fabricante legítimo en dicho país.

En vista de lo anterior, el juez concluyó que la venta del mencionado artículo imputada al acusado como delictuosa no estaba comprendida en la disposición citada de la Ley de Marcas ya que no podía afirmarse que el producto llevase una marca falsificada. Por consiguiente, en primera instancia se absolvió al imputado, siendo la sentencia confirmada por la Cámara. Contra la sentencia de Cámara, el querellante interpuso recurso extraordinario.

En su dictamen ante la Corte, el Procurador – basándose en el caso Lemonnier – expresó que no era admisible que en territorio argentino un comerciante debiese tolerar que terceros utilicen la marca registrada a su nombre sin poder ejercer los medios legales para impedir dicha conducta, sin importar que los productos importados hubiesen sido adquiridos en el extranjero al fabricante titular de la marca que en dicho país protege los productos, ya que si dicho fabricante no hubiese podido vender los productos en la Argentina, tampoco podrán hacerlo los que aleguen estar autorizados por aquél. En forma coincidente con el Procurador, la Corte revocó la sentencia de Cámara.

En el caso Lutz Ferrando c. Karlsberg,¹⁵⁶ la querellante inició acciones contra el Sr. José Karlsberg a raíz de que éste poseía en su domicilio cámaras fotográficas, numerosos objetivos y repuestos legítimos que llevaban la marca LEICA, registrada por la actora. El acusado alegó que había adquirido la mercadería de segunda mano con el fin de revenderla y que no le eran aplicables las conclusiones del fallo Lemonnier, ya que no vendía las máquinas marca LEICA en la misma forma que lo hacía el titular de la marca en nuestro país sino que sólo se dedicaba a la venta de segunda mano. El juez concluyó que esta circunstancia no era cierta y que, en realidad, el imputado adquiría los productos de judíos alemanes que – escapando del régimen nazi – llegaban a nuestro país y vendían los artículos mencionados a Karlsberg con el fin de obtener dinero dado que no se les permitía salir de Alemania con efectivo. Debido a la forma de comercialización, el Sr. Karlsberg no abonaba impuestos ni derechos aduaneros, por lo que su precio de venta era mucho menor al de la sociedad querellante, la cual importaba la mercadería legalmente y efectuaba publicidad para promocionar la venta de los productos.

El juez de la causa consideró – basándose una vez más en el fallo Lemonnier – que la conducta del imputado estaba comprendida en el inc. 5 del art. 48 de la Ley 3.975, conducta agravada en este caso por tratarse de mercadería contrabandeada.

La Cámara consideró que el caso Lemonnier no era aplicable al presente ya que el presente se refería a un supuesto habitual de comercialización de productos de segunda mano identificados con marcas conocidas, que tenía lugar por la particular circunstancia de estar prohibida en Europa la exportación de dinero. La Cámara expresó que tal actividad comercial era lícita y no infringía la Ley de Marcas ya que, al tratarse de mercadería auténtica, no se violaba la función de identificación de origen de la marca. En el presente caso, no podía decirse que la venta por un particular de un artículo que adquirió para su uso – y la compra del mismo artículo por un intermediario – estaba comprendida en el supuesto de venta de marcas ajenas sobre productos propios, ya que dicha actividad no tenía el propósito de realizar un acto de competencia desleal al titular de la marca, que era en realidad el supuesto que el inc. 5 del art. 48 estaba destinado a combatir. En función de lo anterior, la Cámara revocó el fallo de primera instancia absolviendo al imputado, lo cual fue confirmado por la Corte.

En el caso Precisa c. Missé¹⁵⁷ la actora – quien poseía poder suficiente de Precisa A.G. Fabrique de Machines à Calculer, de Suiza – promovió demanda contra los Sres. Esteban Missé y Federico Polus a fin de que se los condene a cesar en el uso de la marca PRECISA más daños y perjuicios. Missé vendía en su local máquinas de calcular identificadas con la marca indicada, que aparentemente habían sido adquiridas del codemandado Polus. Tanto en primera como en segunda instancia, se consideró que las máquinas PRECISA en poder de Missé eran de procedencia legítima, por lo que se decidió que no se había producido violación a la Ley de

¹⁵⁵ Don Carlos Federico Tauber c. don Carlos Veneziani, por usurpación de marca. Corte Suprema de Justicia de la Nación; 3 de agosto de 1932.

¹⁵⁶ Lutz Ferrando y Cía S.A. Industrial y Comercial c. José Karlsberg; Corte Suprema de Justicia de la Nación; 15 de diciembre de 1943.

¹⁵⁷ Precisa Argentina (Soc. de Resp. Ltda.) c. Missé, Esteban y otro; Corte Suprema de Justicia de la Nación; 28 de abril de 1958.

Marcas dado que el hecho perseguido había sido una simple reventa de productos auténticos que no había perjudicado el derecho de marca de Precisa A.G.

Al interponer recurso extraordinario, el apelante sostuvo que las acciones promovidas estaban fundadas en (i) la violación a la marca PRECISA de Precisa A.G. y (ii) el perjuicio sufrido por la actora en su carácter de titular del nombre comercial Precisa Argentina (Soc. de Resp. Ltda.).

Si bien la actora trajo a colación el caso Lemonnier para intentar demostrar que la venta efectuada por Missé debía ser declarada ilícita, el Procurador sostuvo que las situaciones en ambos casos eran distintas, ya que mientras en el caso Lemonnier la marca que identificaba al producto pertenecía a titulares distintos en el país y en el exterior, en este caso era el propio fabricante de las máquinas quien tenía registrada a su nombre la marca PRECISA, no pudiendo advertirse perjuicio a su derecho marcario por la reventa en el país de las máquinas en cuestión.

El Procurador consideró que tampoco se había ocasionado perjuicio a la actora en su nombre comercial ya que en el presente caso los demandados se habían limitado a vender máquinas legítimas que provenían de su verdadero fabricante suizo, razón por la cual no podría existir el ánimo ni la posibilidad de que los demandados puedan inducir a error a eventuales compradores de las máquinas, ya que éstos adquirirían exactamente lo que buscaban: máquinas de calcular marca PRECISA auténticas.

En su fallo, la Corte reiteró que el caso bajo análisis se refería a una simple reventa de productos auténticos que no perjudicaba al titular de la marca, ya que no se trataba de dos marcas – la argentina y la suiza – destinadas a cubrir productos diferentes, sino de un solo producto y de una sola marca registrada a los fines de su protección en Suiza y en nuestro país.

La Corte consideró además que la Cámara había interpretado en forma correcta el término “*marcas auténticas*” contenido en el ya mencionado art. 48 inc. 5, ya que dicha norma cubría el supuesto de venta de marcas auténticas en casos donde – a diferencia del presente – los titulares en nuestro país y en el extranjero no eran los mismos. La Corte expresó que, de acuerdo con el principio de territorialidad aplicable en el derecho marcario, es posible que el titular de una marca registrada en el país pueda oponerse en éste al uso de la misma marca registrada legítimamente en el extranjero a nombre de otro. No obstante lo anterior, dicho principio no podía significar un obstáculo a la libre circulación de productos que el mismo titular de la marca argentina hubiese puesto en el comercio (“*entregado al mercado*”, según las palabras de la Corte) en el extranjero protegidos por la misma marca extranjera.

La Corte – en forma concordante con el Procurador – consideró que no se había producido violación a los derechos de la actora derivados del nombre comercial Precisa Argentina ya que, al no existir uso ilegítimo de marca ajena, tampoco se había producido un ataque a los derechos derivados del uso del nombre comercial.

En el caso R.E.G. c. El Encendido,¹⁵⁸ la actora promovió demanda contra El Encendido S.A.C.I. Importadora y Exportadora a fin de que se ordenara a ésta a cesar de vender bujías para automotores marca BERU y al pago de una indemnización por daños y perjuicios. En primera instancia la demanda fue rechazada.

Al fundamentar su recurso en segunda instancia, la actora expresó que las bujías importadas por terceros y vendidas por la demandada eran fabricadas por la actora, por lo que la venta de bujías marca BERU por El Encendido configuraba un uso marcario ilícito.

La Cámara expresó que – de la prueba producida en la causa – surgía claramente que la actora era titular de la marca BERU para la antigua clase nacional 12 (que cubría, entre otros productos, partes de automotores) y que, con arreglo a un acuerdo de representación celebrado por ésta con la empresa “BERU Verkaufs Gesellschaft mbH Ludwiesburg”, explotaba la marca BERU que cubría bujías para automotores.

No obstante lo anterior, la Cámara expresó que existía abundante prueba en autos que demostraba que – no obstante ser R.E.G. Argentina representante exclusiva de la empresa alemana – ésta había vendido en Alemania, por intermedio de su distribuidor, bujías marca BERU a un tercero (es decir, no a la actora) para ser introducidas en la Argentina; resultaba también de las constancias aportadas a la causa que la demandada había adquirido las bujías en cuestión de esa partida importada.

La Cámara concluyó que no se había vulnerado el derecho marcario de la actora ya que la demandada se había limitado a realizar un típico acto de comercio amparado por el Código de la materia y por el art. 14 de la Constitución Nacional y que, de sancionarla por dicha actividad, se vulnerarían principios constitucionales que la tutelaban incuestionablemente. En función de lo anterior, la Cámara confirmó la sentencia de primera instancia admitiendo la importación paralela.

¹⁵⁸ R.E.G. Argentina S.R.L. c. El Encendido S.A.C.I.E. s/ Medidas Previas y Ordinario; Sala Civil y Comercial N° 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo; Sentencia del 28 de diciembre de 1973; Causa N° 2656.

En el caso Francmode c. Danduf,¹⁵⁹ la actora – en su carácter de titular de la marca PIERRE CARDIN – demandó a Danduf a fin de que se la hiciera cesar en el uso de la mencionada marca y a la restitución de frutos por el uso indebido. La actora promovió la demanda al enterarse de que en un comercio de la Ciudad de Buenos Aires se estaban comercializando prendas de vestir que llevaban indebidamente la marca PIERRE CARDIN (que había adquirido en virtud de una transferencia de la firma francesa del mismo nombre).

La demandada alegaba haber adquirido de buena fe las mercaderías de Tunuyan S.A. – otra empresa argentina – expresando que ésta última también las había adquirido legítimamente. En primera instancia se hizo lugar parcialmente a la demanda, ordenando a Danduf a cesar en el uso de la marca y rechazando el reclamo de restitución de frutos que había exigido Francmode.

Según la Cámara, el régimen de marcas y su reglamentación prevén la publicación de las marcas solicitadas y concedidas, por lo que un comerciante está obligado – antes de comprar y revender productos que llevan una marca conocida como PIERRE CARDIN – a adoptar los recaudos necesarios para asegurarse de que no vulnera derechos ajenos. Agregó la Cámara que, si bien no era posible determinar con certeza si eran o no auténticos los productos adquiridos por la demandada a Tunuyan S.A. – procedentes de Panamá – debía ordenarse el cese de uso ya que nadie, sin autorización del titular del registro marcario en nuestro país, puede invadir el ámbito otorgado a su marca. Citando el art. 58¹⁶⁰ de la anterior Ley de Marcas 3.975, la Cámara recordó que todos los comerciantes están obligados a averiguar el origen de los productos que venden. La Cámara consideró que tampoco era suficiente decir que el producto ha sido importado del exterior ya que el art. 57¹⁶¹ de la Ley 3.975 disponía que el titular de una marca registrada podía solicitar el embargo en aduana de objetos que infringían su derecho, agregando que el art. 48 inc. 5º sancionaba a los que – como ya vimos – “*vendan marcas auténticas sin conocimiento de su propietario*”. Por otro lado, la Cámara hizo lugar al reclamo de restitución de frutos por considerar que Danduf había obrado negligentemente al comercializar los productos cuestionados sin cerciorarse de su origen, lo cual estaba con mayor razón obligada a hacer tratándose en el caso bajo análisis de una marca notoria.

En el caso Francmode c. Dante,¹⁶² el demandado había importado – también de Panamá – camisas y anteojos auténticos con la marca PIERRE CARDIN, habiendo la mercadería ingresado conforme a las leyes aduaneras, aunque sin autorización de Francmode (titular de la marca). En función de lo anterior, la demandada argumentaba que la operación realizada no caía dentro del artículo 6 de la Ley 3.975 (vigente cuando se realizó la operación), sino que constituía una venta de “*marcas auténticas sin conocimiento de su propietario*” por lo que pertenecía al ámbito penal. A este argumento, la Cámara respondió que, si bien el art. 6 de la Ley 3.975 preveía la acción civil para el caso de un uso marcario que produjese confusión, no correspondía atenerse a una interpretación puramente literal del texto legal. La Cámara consideró que la tutela del derecho marcario quedaría sumamente restringida si en virtud de una violación como la analizada el titular sólo pudiese obtener la aplicación de una sanción penal y que, considerando que el derecho que se intentaba proteger no perseguía una sanción penal, sino el reconocimiento del privilegio de explotación que poseía Francmode sobre la marca PIERRE CARDIN y el resarcimiento de los daños y perjuicios, correspondía la acción civil de cese de uso de la marca auténtica PIERRE CARDIN sin autorización de su propietario. En función de lo anterior, y citando el caso Francmode c. Danduf, la Cámara expresó que nadie, sin autorización del titular del registro en nuestro país, puede invadir el ámbito otorgado a su marca y que, de producirse una violación, se configuraba un ilícito civil – más allá de que exista buena o mala fe – susceptible de ser tutelado por dicha vía.

¹⁵⁹ Francmode S.A. c/ Danduf S.A.C.I.F.I. s/ Cese de Uso Indebido de Marca PIERRE CARDIN; Sala 3 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal; Sentencia del 14 de agosto de 1984; Causa 2357.

¹⁶⁰ El mencionado art. 58 disponía “*Los que venden o ponen en venta mercaderías o productos con marca usurpada, imitada o falsificada, están obligados a dar al comerciante o fabricante, dueño de ellas, noticias completas por escrito sobre el nombre y dirección del que la haya vendido o procurado la mercadería, así como sobre la época en que haya comenzado el expendio, y en caso de resistencia, podrán ser compelidos judicialmente, so pena de ser considerados como cómplices del delincuente.*”

¹⁶¹ El cual establecía (parte pertinente) que “*Todo propietario de una marca de fábrica, de comercio o agricultura, a cuyo conocimiento llegase la noticia de hallarse en la aduana, correo u otra repartición fiscal o sitio, etiquetas, cápsulas, envases o cualquier otro objeto similar, a los que constituyen o pertenecen a su marca, podrá presentarse a la autoridad competente pidiendo el embargo de dichos objetos.....*”.

¹⁶² Francmode S.A. c/ Dante S.A. s/ Cese de Marca; Sala 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal; Sentencia del 18 de octubre de 1985; Causa 3139.

En el caso Bardahl c. Eduardo Brabo S.R.L.,¹⁶³ la actora solicitó la adopción de medidas cautelares conforme lo establecido en los arts. 38 y 39 de la Ley 22.362¹⁶⁴ al detectar que la firma Eduardo Brabo S.R.L. comercializaba productos que llevaban la marca "NO SMOKE" de Bardahl, que no habían sido fabricados por la actora, titular de la mencionada marca. Posteriormente, Bardahl promovió la acción de fondo por cese de uso. En primera instancia, el juez rechazó la demanda argumentando que la actora no había podido probar la usurpación marcaria.

La Cámara expresó que, al ser Bardahl titular de la marca "NO SMOKE", podía demandar el cese de uso, bastando para la procedencia de tal pretensión que se probara el uso de una marca en infracción, es decir, perteneciente a un tercero y sin autorización para hacerlo. Al trabarse las medidas cautelares, se verificó que los productos secuestrados en una sucursal de la firma demandada no eran los que producía en el país la accionante (por ejemplo, las etiquetas de los envases estaban escritas en inglés). Por otra parte, la Cámara recalcó que la demandada no había acreditado estar autorizada para la exhibición de los envases que incluían la marca de la actora y el nombre de ésta.

La Cámara destacó que la demandada había obrado de mala fe al adquirir los envases cuestionados ya que – al ser cliente de Bardahl Argentina – sabía con certeza que esos productos no tenían origen en ésta última, resultando indiferente – en función del principio de territorialidad aplicable en el derecho de marcas – que dichos productos hubiesen sido en última instancia adquiridos de un exportador extranjero con derecho a esa marca y ese nombre en su país de origen. En vista de lo antedicho, la Cámara revocó la sentencia, admitiendo la demanda por cese de uso de marca y nombre.

Reflexionando sobre la jurisprudencia analizada, llama la atención que en ninguno de los casos anteriormente citados los tribunales intervinientes utilizan las palabras "agotamiento" o "importación paralela".

Por otro lado, considero que deben distinguirse los supuestos de comercio paralelo: en primer lugar, puede ocurrir que el titular argentino y el extranjero de la marca sean distintos y no estén relacionados. En ese caso, sería legítimo que el titular argentino de la marca se oponga a la importación¹⁶⁵ ya que, en función del principio de territorialidad, pueden existir dos marcas idénticas para distinguir los mismos productos en distintos países. Por lo tanto, el titular argentino no tiene por qué tolerar que se vendan productos que – a pesar de ser auténticos en su país de origen – violan una marca argentina.

En segundo lugar, puede ocurrir que el titular argentino y el extranjero de la marca sean distintos pero estén relacionados.¹⁶⁶ En ese caso, el titular argentino de la marca no podría a mi juicio oponerse a la importación paralela ya que la titularidad de la marca a nombre de diferentes empresas en diferentes países puede en realidad constituir una estrategia de compartimentación de mercados. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando una empresa que opera a nivel mundial registra sus marcas a nombre de diferentes titulares en distintos países. Si en este supuesto hubiese legislación que interpretase que el derecho no se agota, el titular registraría su marca a nombre de diferentes empresas en los diversos países en que opera cobrando el precio

¹⁶³ Bardahl Lubricantes Argentina S.A. c. Eduardo Brabo S.R.L. s/ Cese de Uso de Marcas. Daños y Perjuicios; Sala 2 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal; Sentencia del 15 de octubre de 1999; Causa 29.495/95.

¹⁶⁴ "Art. 38 - Todo propietario de una marca registrada a cuyo conocimiento llegue la noticia de la existencia de objetos con marca en infracción conforme a lo establecido en el artículo 31, puede solicitar al juez competente:

- a) el embargo de los objetos;
- b) su inventario y descripción;
- c) el secuestro de uno de los objetos en infracción.

Sin perjuicio de la facultad del juez de ordenar estas medidas de oficio, podrá requerir caución suficiente al peticionario cuando estime que éste carezca de responsabilidad patrimonial para responder en el supuesto de haberse pedido el embargo sin derecho."

"Art. 39 - Aquél en cuyo poder se encuentran objetos en infracción, debe acreditar e informar sobre:

- a) el nombre y dirección de quién se los vendió o procuró y la fecha en que ello ocurrió, con exhibición de la factura o boleta de compra respectiva;
- b) la cantidad de unidades fabricadas o vendidas y su precio con exhibición de la factura o boleta de venta respectiva,
- c) la identidad de las personas a quienes les vendió o entregó los objetos en infracción.

Todo ello deberá constar en el acta que se levantará al realizarse las medidas previstas en el Artículo 38.

La negativa a suministrar los informes previstos en este artículo, así como también la carencia de la documentación que sirva de respaldo comercial a los objetos en infracción, autorizará a presumir que su tenedor es partícipe en la falsificación o imitación fraudulenta. Esos informes podrán ampliarse o completarse en sede judicial tanto a iniciativa del propio interesado como por solicitud del juez, que podrá intimar a este efecto por un plazo determinado."

¹⁶⁵ Desde ya que – debido al principio de especialidad – no podría oponerse a la importación si los productos importados identificados con la misma marca pertenecen a una clase distinta y no relacionada con aquella donde está registrada la marca argentina.

¹⁶⁶ La relación puede resultar de un contrato de licencia o también podría ocurrir que la titular argentina de la marca sea una sociedad controlada por una casa matriz extranjera. Los anteriores ejemplos pretenden ser meramente enunciativos, por lo que podrían presentarse otro tipo de relaciones que den lugar al agotamiento del derecho. A nivel legislativo, correspondería adoptar una formulación amplia del agotamiento en casos de empresas relacionadas. De no adoptarse legislación, correspondería evaluar el tema de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

que desea en cada país pudiendo siempre obstaculizar las importaciones paralelas que se produzcan. Sin embargo, un supuesto como el analizado sería injusto ya que el titular de la marca en realidad ha obtenido provecho (a través de empresas de su grupo) por la venta de su producto protegido, razón por la cual correspondería que se agote el derecho.¹⁶⁷

También podría ocurrir que el titular argentino y el extranjero de las marcas sean distintos, no estén relacionados y además haya habido mala fe del titular argentino al momento de registrar su marca (es decir, el titular argentino copió la marca del extranjero). En este caso, si se produjese una importación de productos que provienen del exterior y que llevan la marca argentina registrada de mala fe, el titular argentino de la marca no podría tomar ninguna acción para frenar dicha importación, en virtud de lo dispuesto en el art. 24 inc. b) de la Ley 22.362.¹⁶⁸

Si bien la Ley de Marcas no menciona expresamente el agotamiento o las importaciones paralelas, puede considerarse que el art. 31, incs. b) y c), prohíbe las importaciones al margen de la red oficial. Dichas disposiciones establecen:

Artículo 31. – “Será reprimido con prisión de tres (3) meses a dos (2) años pudiendo aplicarse además una multa de pesos argentinos mil setecientos treinta y cuatro (\$a. 1.734) a pesos argentinos doscientos sesenta mil cien (\$a. 260.100):....

b) el que use una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente emitida o perteneciente a un tercero sin su autorización;

c) el que ponga en venta o venda una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin su autorización;....”

Si analizamos las disposiciones citadas, podemos decir que el inc. b) prohíbe el uso de una marca registrada o perteneciente a un tercero sin su autorización, mientras que el c) sanciona a quien venda o ponga en venta una marca registrada o perteneciente a un tercero sin su autorización. Sobre la base de estas disposiciones podría prohibirse una importación efectuada por un tercero sin conocimiento del titular de la marca ya que, al comercializarse en el mercado argentino los productos importados de tal forma, se haría uso de ellos y/o se pondrían en venta. También podría interpretarse que la “autorización” a la que se refiere el artículo citado puede considerarse satisfecha por la comercialización en el exterior de productos que llevan la marca, lo cual impide prohibir la importación paralela en nuestro país. Considero que esta última sería la interpretación más deseable.

Según Otamendi “la cuestión debe ser analizada con gran cuidado. Si el producto importado ha sido modificado en cualquier forma, sea en el tamaño de sus envases o en sus características para “adaptarlo” a algún uso particular sin estar el producto concebido para esa modificación, se hará uso indebido de la marca registrada”.¹⁶⁹ Esta postura implica una visión restrictiva respecto de la admisión de las importaciones paralelas. De todas formas, no queda claro a mi juicio cuando un producto puede o no puede estar “concebido” para una modificación. Si, por ejemplo, un chocolate es modificado para satisfacer la demanda de un determinado mercado, y luego es importado en forma paralela a otro mercado donde el gusto es distinto, no debería considerarse que existe engaño si se indica en forma clara que el producto proviene de otro país y que ha sido modificado.

2. El agotamiento en el ámbito del derecho de patente

En nuestro país el agotamiento fue introducido a nivel legislativo por la LP.

Ya señalamos más arriba la discrepancia existente entre la LP y su DR ya que, mientras que la LP adopta un régimen de agotamiento sumamente liberal el DR – sorprendentemente – parece consagrar la solución opuesta.

El agotamiento del derecho está previsto el artículo 36, inciso c) de la LP, que dispone:

Artículo 36. – “El derecho que confiere una patente no producirá efecto alguno contra:

... c) Cualquiera persona que adquiriera, use, importe o de cualquier modo comercialice el producto patentado u obtenido por el proceso patentado, una vez que dicho producto hubiera sido puesto lícitamente en el comercio de cualquier país. Se entenderá que la puesta en el comercio es lícita cuando sea de conformidad

¹⁶⁷ Ello es por otra parte un principio aceptado en la UE (v. pto. III.1.1) y es la solución consagrada por la Decisión Legislativa 486 (v. pto. III.4). El razonamiento aquí expuesto también sería aplicable a otros derechos de PI.

¹⁶⁸ El cual dispone que “Son nulas las marcas registradas:....

b) por quien, al solicitar el registro, conocía o debía conocer que ellas pertenecían a un tercero;...

con el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Parte III Sección IV Acuerdo TRIP's GATT."

Analizando la formulación del agotamiento consagrada por el artículo 36 de la LP, Moncayo expresa que "el efecto de esta disposición es que se considera legal en el país toda importación que se hiciese de productos que fueran puestos en el comercio en cualquier país con el consentimiento del titular o mediante una licencia obligatoria por la cual el titular debe percibir, de todas formas, una remuneración equitativa."¹⁷⁰

A poco de analizar la LP, queda claro que se ha adoptado un régimen de agotamiento amplísimo. La filosofía subyacente a esta disposición es reconocer la recompensa prevista por el sistema de patentes sólo por la primera puesta lícita en el comercio, sin reconocer retribución por las reventas más allá de la primera y sin importar el modo de comercialización, *siempre y cuando sea lícito*.

Por su parte, el artículo 36 del Decreto 260/96 dispone:

"A los efectos del inciso c) del artículo 36 de la Ley, el titular de una patente concedida en la República Argentina tendrá el derecho de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta o importación en el territorio del producto objeto de la patente, en tanto dicho producto no hubiera sido puesto lícitamente en el comercio de cualquier país. Se considerará que ha sido puesto lícitamente en el comercio cuando el licenciario autorizado a su comercialización en el país acredite que lo ha sido por el titular de la patente en el país de adquisición, o por un tercero autorizado para su comercialización."¹⁷¹

La comercialización del producto importado estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley y esta reglamentación."¹⁷²

Surge a la vista la evidente contradicción que existe entre la LP y su DR, la cual tuvo origen en la disparidad de criterios que sobre este punto se produjo entre el poder legislativo y el ejecutivo.

El DR parecería echar por tierra con el amplio régimen de agotamiento contenido en la LP ya que hace depender totalmente la puesta lícita en el comercio – que da lugar al agotamiento – de la denominada "red oficial" al disponer que el agotamiento sólo tendrá lugar cuando el producto patentado hubiera sido puesto en el comercio por el titular – o un tercero autorizado a su comercialización – y a su vez importado a nuestro país por el licenciario autorizado. En función de lo dispuesto en el artículo 36 del DR, podría interpretarse o bien que éste es totalmente contradictorio con la LP, o bien que define el alcance de lo dispuesto en ésta. Consideramos que el DR contradice lo dispuesto en la LP y que por lo tanto – de llegar a la justicia un caso que involucre las normas mencionadas – debería declararse la inconstitucionalidad de lo dispuesto en este punto por el DR. En sentido coincidente, Moncayo expresa que "El Poder Ejecutivo adoptó, en cambio, una postura extrema: consideró a las sucesivas reventas o distribución del producto protegido por una patente ilegal y violatoria de los derechos exclusivos que el Acuerdo TRIPs reconoce a los titulares de patentes, aún cuando la primera venta fuera efectuada por el titular o por un tercero con su consentimiento y ello le hubiese permitido obtener beneficios económicos derivados de la venta directa del producto o percibir regalías u otra forma análoga de retribución en virtud de los contratos de licencia o distribución que éste hubiese celebrado. Según el criterio del Poder Ejecutivo, bastaba, entonces, con que las sucesivas reventas del producto no se efectuaran por el propio titular o por los terceros por él autorizados para tachar de ilegales tales reventas."¹⁷³

En definitiva, la contradicción existente entre la LP y su DR ha dejado un panorama poco claro en lo que al agotamiento se refiere, que deberá dirimir la justicia.

Como si lo anterior fuera poco, la Solución Mutuamente Acordada entre los Estados Unidos y la Argentina, adoptada en el marco de la OMC,¹⁷⁴ dispone que el régimen de agotamiento de la LP debe ser interpretado de la siguiente forma:

¹⁶⁹ Otamendi, Jorge; "Derecho de Marcas"; 5ª Ed.; Lexis-Nexis – Abeledo Perrot; Buenos Aires, 2003; Págs. 272/3.

¹⁷⁰ Moncayo von Hase, Andrés; ob. cit.; pág. 149. Las licencias obligatorias son permisos compulsivos otorgados por el estado a un tercero no relacionado con el titular de la patente en casos en que el titular no permite la explotación del invento por causas injustificadas o cuando es necesario acceder al invento, por ejemplo por razones de salud pública (como puede ser una droga que cura una epidemia y el Estado necesita suministrarla a la generalidad de la población). La LP las prevé en su Capítulo III (artículos 42 a 50) bajo el título – idéntico al utilizado en el ADPIC – "Otros Usos sin Autorización del Titular de la Patente".

¹⁷¹ Consideramos que la confusa redacción del artículo 36 del Decreto deja abierta la interpretación de a qué país se refiere cuando el texto expresa "comercialización en el país" y si el tercero autorizado puede estarlo también a través de una licencia obligatoria.

¹⁷² El mencionado artículo 98 de la LP establece "Esta ley no exime del cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley 16.463 para la autorización de elaboración y comercialización de productos farmacéuticos en el país."

¹⁷³ Moncayo, Andrés; ob. cit.; pág. 155. Como es sabido, "TRIPs" es la sigla en inglés del "ADPIC".

¹⁷⁴ Esta Solución fue el resultado de una ronda de consultas iniciadas por los Estados Unidos contra la Argentina ante la OMC. Según los Estados Unidos, la amplitud del art. 36 inc. c) de la LP viola el art. 28 del Acuerdo sobre los ADPIC, que establece un derecho de importación a favor del titular de la patente. Como ya vimos, el art. 36 inc. c) considera lícita la importación al país de productos

*“Los Gobiernos de los Estados Unidos de América y de la República Argentina han analizado los arts. 36 c) de la ley 24.481 y 36 del decreto reglamentario 260/96 a la luz del art. 6. y del párrafo 1 del artículo 28 del Acuerdo sobre los ADPIC. De conformidad con este análisis, Argentina ha confirmado que, de acuerdo con sus normas y reglamentaciones, el titular de una patente otorgada en Argentina tendrá el derecho de impedir que terceros que no tengan su consentimiento realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación del producto patentado en el territorio de Argentina. Sin embargo, un licenciario voluntario en Argentina autorizado por el titular de la patente puede importar el producto patentado si prueba que el producto ha sido puesto en el mercado en un país extranjero por el titular de la patente argentina o por un tercero autorizado a comercializarlo. Sobre esta base, Argentina y Estados Unidos de América acuerdan que el artículo 36) de la ley 24.481, leído en conjunto con el artículo 36 del decreto 260/96, es consistente con las obligaciones de Argentina bajo el Acuerdo sobre los ADPIC”.*¹⁷⁵

El párrafo citado deja claramente entrever una posición restrictiva de las importaciones paralelas. Cabe preguntarse si el “tercero autorizado” a que se refiere la anteúltima oración del párrafo podría estarlo a través de una licencia obligatoria. Teniendo en cuenta la visión restrictiva que acabo de comentar, y que la misma oración hace referencia al “licenciario voluntario”, parecería que un licenciario obligatorio no podría importar desde el exterior, pero ello no ha sido expresamente prohibido.

Por otro lado, si nos atenemos a la amplia definición de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,¹⁷⁶ la Solución Mutuamente Acordada puede ser considerada un tratado. Por su parte, la Constitución Nacional establece la supremacía de los tratados sobre las leyes (cfr. art. 75 inc. 22). Si aceptamos el razonamiento anterior, deberíamos aceptar que la Solución Mutuamente Acordada ha derogado el art. 36 inc. c) de la LP. Sin embargo, dado que – a la fecha –¹⁷⁷ la Solución Mutuamente Acordada no ha sido publicada en forma oficial,¹⁷⁸ no podría ser invocada a nivel interno, sin perjuicio de la responsabilidad internacional que ello pueda generar para la Argentina.

Teniendo en cuenta las contradicciones apuntadas, sería importante llevar adelante una reforma que las subsane y que atenúe el régimen de agotamiento previsto en la LP, el cual considero demasiado amplio. Ello es así ya que el régimen actual implicaría desconocer al titular de la patente la posibilidad de obtener una recompensa por su invención en determinados casos. Por ejemplo, si nos atenemos a la LP, la venta lícita de un producto farmacéutico en la India (donde para dichos productos aún no es posible acceder a la protección por patentes) agotaría el derecho de patente en la Argentina. En el ejemplo brindado, el régimen de patentes permitiría la ausencia total de recompensa al titular de la patente, lo cual sería contrario al artículo 17 de nuestra Constitución que reconoce que “*todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que acuerde la ley*”.¹⁷⁹ En mi opinión, habría que consagrar el agotamiento internacional pero sujetándolo a que el titular haya podido obtener una recompensa en condiciones monopólicas en el lugar desde donde los productos se importan, es decir, que el producto no haya sido importado desde países donde la protección no es posible, o donde está en vigor una licencia obligatoria o existe legislación que establece precios máximos para los productos farmacéuticos.

patentados, por un tercero no relacionado con el titular de la patente, una vez que éstos hubieran sido puestos lícitamente en el comercio de cualquier país. Teniendo en cuenta que el art. 28 del Acuerdo ADPIC prevé el derecho de importación, el argumento de los Estados Unidos era que la amplia formulación del art. 36 inc. c) no garantizaba el derecho de importación previsto por el Acuerdo ADPIC.

¹⁷⁵ Documentos oficiales de la OMC: WT/DS171/3, WT/DS196/4, IP/D/18/Add.1 y IP/D/22/Add.1, disponibles en el sitio web oficial de la organización: <http://www.wto.org>.

¹⁷⁶ Adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969 y ratificada por nuestro país. El art. 2.1.a) de la Convención dispone:

“2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención:

a) se entiende por «tratado» un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular....”

¹⁷⁷ Junio de 2004.

¹⁷⁸ Con excepción de ciertos aspectos que fueron volcados en la reforma a la LP, que obviamente sí fue publicada (Ley 25.859, publicada en el Boletín Oficial el 14 de enero de 2004). En mi opinión, sin embargo, ello no puede implicar publicación de la Solución en su conjunto. El art. 2 del Código Civil establece “*Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial.*”

¹⁷⁹ Sin perjuicio de lo dicho, Lilley cita jurisprudencia de los Estados Unidos según la cual los derechos de PI no son – a diferencia de otros derechos de carácter constitucional – garantías absolutas protegidas contra todo tipo de violaciones, sean éstas evidentes o no, sino que se encuentran limitados por políticas públicas que intentan buscar un equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y los del público en general. V. Lilley, Richard H., Jr.; ob. cit.; pág. 124.

3. El agotamiento en el ámbito del derecho de autor

La Ley 11.723 no trata el tema en forma expresa. En su artículo 2, expresa que “*El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística comprende para su autor la facultad de disponer de ella...*”. Como vimos más arriba (pto. II.3), en el derecho de autor la discusión sobre el agotamiento gira, o debería girar a riesgo de limitar seriamente su alcance, en torno al derecho de distribución. Si interpretamos que la palabra “*disponer*” en el art. 2 citado abarca la distribución de obras, entonces deberíamos concluir que las importaciones paralelas en el ámbito del derecho de autor en la Argentina están prohibidas.

Por su parte, el art. 72 bis de la Ley 11.723 – referido a la reproducción ilícita de fonogramas – dispone (parte pertinente) “*Será reprimido con prisión de un mes a seis años:...d) El que almacene o exhiba copias ilícitas y no pueda acreditar su origen mediante la factura que lo vincule comercialmente con un productor legítimo; e) El que importe las copias ilegales con miras a su distribución al público....*”

Del artículo citado, surgen dos interrogantes.

En primer lugar, puede ocurrir que una persona posea fonogramas lícitamente producidos y acredite la compra lícita, no de un productor, aunque sí de un revendedor. El interrogante es pertinente ya que el inciso citado exige para su aplicación que las copias sean ilícitas y que no se pueda acreditar su origen legítimo. Por lo tanto, podría considerarse que el no poder acreditar la compra de un productor de fonogramas ubicado en la Argentina convierte a las copias en ilícitas. Otra posibilidad sería interpretar que si las copias fueron lícitamente adquiridas en otro país (a través de un productor o de un revendedor) deben considerarse igualmente lícitas en la Argentina.

En segundo lugar, el inciso e) del artículo citado se refiere a quien compre las copias ilegales con miras a su distribución al público. De nuevo cabe preguntarse si las copias son ilegales por el mero hecho de haber sido introducidas en el país por un importador paralelo.

Respecto del TODA y el TOIEF, que han sido ratificados por la Argentina y por lo tanto son ley vigente en nuestro país,¹⁸⁰ Villalba y Lipszyc correctamente señalan que – si bien ambos tratados reconocen un derecho de distribución (el TODA en su art. 6 y el TOIEF en su art. 8) – dichos instrumentos no se han pronunciado sobre el agotamiento de este derecho, limitándose a expresar que la cuestión queda diferida a las respectivas legislaciones nacionales.¹⁸¹

IV. CONCLUSIONES

El agotamiento de los derechos de PI es uno de los temas más conflictivos del comercio internacional.

El agotamiento internacional, que es el que limita en mayor medida los derechos de PI, va a ser favorecido por países importadores de tecnología y productos manufacturados como la Argentina, mientras que el agotamiento nacional es más beneficioso para los exportadores, quienes de esta forma se encuentran en mejor posición para controlar la cadena de comercialización, y por lo tanto va a ser favorecido por países productores de tecnología y productos manufacturados.

No hay que olvidarse de un punto muy importante: en prácticamente todos los casos de agotamiento, se presupone que el titular del derecho ya obtuvo la recompensa que le reconocen las leyes de PI. Cuando un titular de un derecho de PI se opone a una importación paralela luego de la primera venta del producto efectuada por él o por un tercero con su consentimiento, está pretendiendo una segunda recompensa, o incluso una tercera, dependiendo de cuán restringido sea el ámbito de agotamiento.

Algunos autores sostienen que si bien la discriminación abusiva de precios podría ser una consecuencia del agotamiento nacional, dos factores mitigan dicho posible efecto negativo. En primer lugar, la discriminación de precios no implica necesariamente un efecto perjudicial para el consumidor. En segundo lugar, la posible discriminación abusiva de precios debe ser analizada a la luz de los beneficios pro-competitivos que pueden resultar de permitir que las empresas controlen las importaciones paralelas ya que se arguye que dichas medidas favorecen la protección de la PI, la cual es esencial para dar pie a la creatividad e innovación que mejoran el bienestar general. Por otro lado, las posibles consecuencias negativas que podrían surgir pueden ser mitigadas a través de las leyes de defensa de la competencia, en particular las disposiciones que

¹⁸⁰ Adoptados en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

¹⁸¹ Villalba, Carlos A. – Lipszyc, Delia; “El Derecho de Autor en la Argentina”; Ed. La Ley; Buenos Aires; 2001; pág. 388. Los arts. correspondientes del TODA y TOIEF figuran citados en la nota al pie N° 136.

prohiben los carteles de precios, donde una estructura de mercado oligopólica puede traer aparejado el ejercicio de poderes abusivos en el mercado.¹⁸²

Respecto de lo anterior, podemos decir que no se ve muy claramente cómo la discriminación de precios no sería perjudicial para el consumidor, dado que si se permite a las empresas cobrar diferentes precios de acuerdo con los diferentes mercados, es indudable que algunos de dichos precios tenderán al alza, porque de lo contrario no tendría sentido hablar de discriminación de precios. Es verdad que algunos precios (por ejemplo, en mercados con menor poder adquisitivo) tenderán a la baja, pero ello tendrá como contrapartida el alza de precios en mercados más ricos. Si no existieran diferencias de precios, el fenómeno de las importaciones paralelas favorece la competencia dado que la fuerte protección de la PI trae como resultado la existencia de muchos competidores en el mercado que ofrecen productos protegidos. Sin embargo, probablemente sea cierto lo contrario: permitir las importaciones paralelas estimula la competencia ya que de esta forma se posibilita la existencia de precios más bajos.

El fortalecimiento de la PI y la existencia de importaciones paralelas son aspectos distintos: las leyes de PI pueden dar amplios derechos a los titulares, por ejemplo, a través de medidas cautelares contra falsificadores, ampliando plazos de protección, reconociendo nuevos derechos o extendiéndolos a nuevos campos de la tecnología. Se puede considerar conveniente ampliar o restringir esos derechos; sin embargo, la prohibición o admisión de las importaciones paralelas no hace a la esencia de la PI, sino que es un aspecto relativo a la cadena de comercialización. Cuando se dice que el derecho de un titular se agotó, se supone que ya obtuvo la recompensa que su derecho de PI le reconoce; pretender una recompensa más allá de la primera venta que él ha efectuado, o efectuada con su consentimiento, sería una facultad excesiva que cae, no dentro de las facultades que el ordenamiento le reconoce al titular del derecho, sino que tiene que ver con la *forma de comercializar* el producto protegido. Finalmente, corresponde refutar que los posibles efectos negativos de la prohibición de las importaciones paralelas se verían mitigados a través de las leyes de defensa de la competencia ya que, como sabemos, en la mayoría de los países latinoamericanos existe un crónico atraso respecto de la aplicación efectiva de dicho tipo de leyes (que no parece tener solución cercana), por lo que, en dichos países, no se puede confiar en que la solución de los posibles efectos anticompetitivos vaya a tener lugar a través de esa vía.

La idea subyacente al principio de la territorialidad tiene cierto sentido: es verdad que entre los mercados nacionales existen diferencias. Pero también es cierto que más de una vez los casos de agotamiento involucran importaciones paralelas desde mercados más pobres hacia mercados más ricos, lo cual da pie a pensar que las empresas multinacionales tienden a fijar precios más altos donde saben que el consumidor los va a abonar, y precios más bajos en mercados más pobres. Dicho de otro modo: es esperable ver una importación paralela desde Tailandia hacia la UE, pero no viceversa. Lo anterior permite suponer que al introducirse el argumento de la diferencia de mercados se está intentando justificar el por qué de las diferencias de precios a nivel mundial, cuando en la realidad la tendencia es fijar precios más altos en mercados ricos y precios más bajos en mercados pobres. El argumento de la territorialidad de mercados podría ser tenido en cuenta si se verificara en la realidad que existen mercados pobres con productos de precios más altos que en mercados ricos (situación que cabe suponer como excepcional); sin embargo, la realidad muestra que la línea de corte se da – como en la mayoría de los debates sobre PI – entre países ricos y pobres. En otras palabras, el argumento de la territorialidad es correcto en puntualizar las diferencias entre mercados, pero falla en explicar por qué son diferentes; y esa diferencia se debe a los diferentes grados de desarrollo, que determinan diferentes grados de riqueza. Al no dar cuenta de esa falla, creemos que el argumento de la territorialidad queda invalidado.

Por otro lado, Heath explica que el principio de la territorialidad – tal cual se encuentra consagrado en los artículos 4 bis y 6(3) del Convenio de París – ha sido invocado para demostrar que la comercialización internacional de productos no debería implicar el agotamiento del derecho; en otras palabras, ha sido invocado para apoyar el agotamiento nacional. No obstante, el autor citado aclara que el principio de la territorialidad se refiere a la existencia y no al ejercicio de los derechos de propiedad industrial y que fue introducido en el Convenio de París a fin de dejar en claro que el derecho sobre una patente o una marca registrada en otro país invocando un derecho de prioridad no dependía de la validez de dicho derecho en el primer país en el que la prioridad fue invocada.¹⁸³ El principio no dice nada sobre la forma en que los derechos

¹⁸² Barfield, Claude E. – Groombridge, Mark A.; ob. cit.; pág. 906.

¹⁸³ Podría presentarse algún caso en que se considere que existe agotamiento estando el derecho registrado en un país y en otro no (v. pto. I.3).

nacionales son afectados por actos que han tenido lugar en el extranjero, en particular, el acto de comercialización de los productos.¹⁸⁴ Creemos que vale la pena analizar con un poco más de detenimiento esta distinción entre existencia y ejercicio, primer criterio de agotamiento utilizado por el TJCE.

Si decimos que el principio de territorialidad hace a la *existencia* de un derecho de PI, estamos diciendo que el derecho existe – está registrado – en un determinado territorio. El *ejercicio*, por su parte, se refiere a la forma en que el titular hace valer su derecho (la forma en que lo ejerce). Es en este punto donde surge el debate sobre el agotamiento. Dicho de otro modo, cuando discutimos si un derecho se agotó o no, presuponemos que el derecho está registrado (que *existe*). El debate sobre el agotamiento se centra en si el titular puede ejercer ese derecho de forma tal de impedir una operación de comercio paralela. Si *no puede* ejercer su derecho de forma tal de impedir la importación, decimos que el derecho se agotó; si *puede* ejercer su derecho de forma tal de impedir la importación, decimos que el derecho no se agotó.

Hay un aspecto que consideramos contradictorio respecto de los defensores de una concepción restringida del agotamiento. En general, los defensores de una concepción restringida son empresas multinacionales que desean operar en la mayor cantidad de mercados posible. Para ello, es necesario que las autoridades gubernamentales de los mercados donde dichas empresas quieren operar adopten una visión liberalizadora del comercio internacional ya que, de lo contrario, a las mencionadas empresas les sería difícil operar en dichos mercados. Ahora bien, dichas empresas, una vez instaladas en varios mercados, defienden una concepción restringida del agotamiento para poder de esta forma compartimentar mercados nacionales fijando los precios que les convengan a nivel internacional. Sin embargo, el defender una concepción restringida del agotamiento implica poner una traba a una determinada operación de comercio internacional: las importaciones paralelas. Por ello resulta contradictorio – a nuestro juicio – propugnar una liberalización del comercio a fin de que las multinacionales puedan operar sin dificultades a nivel mundial para que luego éstas, una vez logrado dicho objetivo, pretendan que los mercados sean fragmentados a fin de poder fijar la política de precios que les resulte más conveniente. Tal vez las empresas multinacionales deberían replantearse su posición y admitir que, por lo menos para ellas, no necesariamente es tan positiva una liberalización del comercio.

Un punto importante a tener en cuenta es que, a los fines del agotamiento, la ley relevante es la del país de importación. Por ejemplo, imaginemos que X – un importador paralelo – importa productos patentados por Y desde el país A para su comercialización en el país B, habiendo Y consentido a la puesta lícita en el comercio de dichos productos, y siendo Y titular de patentes paralelas en A y en B. Y desear frenar la importación paralela de X. A tales efectos, no tiene importancia el régimen vigente en el país desde el cual se importaron los productos patentados (es decir, A), sino que sólo importa el régimen de agotamiento en el país en el cual los productos importados serán comercializados (es decir, B). Ello es así ya que el país A, por decirlo de alguna forma, ya no tiene “jurisdicción” sobre los bienes que han salido de su territorio; lo importante es el régimen vigente a tales efectos en el país B. Por ejemplo, si en éste el régimen de agotamiento es nacional, Y podrá frenar la importación paralela ya que los productos fueron puestos en forma lícita fuera del territorio del país B. Si el régimen de agotamiento en B es regional, Y sólo podrá frenar la importación paralela siempre y cuando el país B no forme parte de un mercado común del cual también el país A forma parte. Si el agotamiento en B fuera internacional, Y no podrá frenar la importación paralela ya que una vez puestos los productos en forma lícita en el comercio el derecho se ha agotado y no se puede frenar la importación paralela al territorio del país B.

Consideramos que la reflexión anterior es importante como regla de conflicto de leyes – es decir, la aplicación de la ley del país donde los productos importados van a ser comercializados – en caso de adoptarse una convención internacional sobre agotamiento o en el improbable caso de que se llegue a un acuerdo sobre el tema en el marco del Acuerdo ADPIC.

Heath opina que el establecer diferentes precios de acuerdo con los mercados no significa otra cosa que un subsidio otorgado por los consumidores en países de altos precios a aquellos ubicados en países de menores precios. El autor citado expresa que esta situación es cuestionable si tenemos en cuenta que nos encontramos ante “subsidios” que no poseen legitimidad democrática alguna. Heath sostiene que en el futuro deberíamos ser regidos por una democracia de mercado antes que por una dictadura empresarial. El problema con estos “subsidios” fijados por las empresas es que los empresarios sólo son responsables ante sus accionistas, no ante el público en general. Además, es cuestionable hasta qué punto los altos precios en países industrializados realmente benefician a los consumidores de países en vías de desarrollo.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Heath, Christopher; “*Parallel Imports in Asia*”; ob. cit.; pág. 23. Ver asimismo Cohen Jehoram, Herman; ob. cit.; nota al pie N° 125.

¹⁸⁵ Heath, Christopher; “*Parallel Imports and International Trade*”; ob. cit.; pág. 631.

En realidad, considero que la prueba de que el agotamiento nacional está errado es que el tema de las importaciones paralelas sólo se discute en relación con bienes protegidos por derechos de PI, pero no respecto de bienes no protegidos. En otras palabras, cuando se dice que la prohibición de las importaciones paralelas es necesaria para asegurar que el titular del derecho pueda mantener una red eficiente de distribución de recursos sólo se plantea la cuestión a través de la existencia de un derecho de PI. Es decir, los titulares de derechos “se consideran con derecho” de impedir las importaciones paralelas mientras que su derecho de PI se encuentre vigente. Ahora bien, cabe preguntarse por qué no existe el debate sobre la posibilidad de impedir las importaciones paralelas una vez que el plazo de protección del derecho ha expirado; considero que la respuesta a este interrogante es muy simple: la razón es que se considera – erróneamente a mi juicio – que la posibilidad de impedir las importaciones paralelas es una facultad del titular de los derechos cuando en realidad se trata de un aspecto de la comercialización del producto. En otras palabras, si las importaciones paralelas afectan al titular del derecho cuando el plazo de protección del producto no ha expirado, deberían también afectarlo una vez vencido el plazo. Si el debate no se plantea una vez vencido el plazo de protección, es porque se intenta – a través del derecho de PI – obstaculizar la comercialización legítima de un producto que, en ausencia de ese derecho, a nadie se le ocurriría prohibir. En otras palabras, la prohibición absoluta de las importaciones paralelas constituye un intento de extender indebidamente el alcance de los derechos protegidos.

Hay otro supuesto que debemos tener en cuenta: puede ocurrir que un producto protegido por un derecho de PI sea cobrado más caro en un mercado perteneciente a un país desarrollado que en un país subdesarrollado, por ejemplo, porque en el mercado del país desarrollado hay una mayor variedad de productos y mayor competencia, lo cual obliga al titular del derecho a cobrar un menor precio. En el mercado del país subdesarrollado, de menores dimensiones, hay un sólo oferente del producto. Supongamos que lo anterior ocurre respecto de un producto farmacéutico patentado, tema de especial importancia; se daría una situación en la que, debido a la existencia de menor competencia para el producto patentado en el país subdesarrollado, el titular de la patente lógicamente se vería tentado de cobrar un mayor precio por el producto en dicho país. Si en este último país no se permitiesen las importaciones paralelas, tendríamos una situación en la que los consumidores del país subdesarrollado pagarían un mayor precio por el producto patentado que el que pagarían los consumidores del país desarrollado.

En función de los argumentos antes expuestos, considero que lo más positivo sería adoptar como principio el agotamiento internacional, ya que sería lo más beneficioso para los consumidores y el funcionamiento del mercado. En otras palabras, sería lo más deseable para el interés general. Sin perjuicio de lo anterior, no podemos hacer oídos sordos a los importantes problemas planteados por los titulares de derechos de PI como, por ejemplo:

- En el caso de las marcas, las importaciones paralelas de productos de la misma marca pero de calidad distinta;
- En el caso de los derechos de autor, la ausencia de agotamiento del derecho de reproducción, de comunicación al público y de exhibición de obras audiovisuales (o, mejor dicho, la restricción del agotamiento al derecho de distribución);
- En el caso de las patentes, las importaciones paralelas de productos farmacéuticos puestos a bajo precio en países subdesarrollados (para facilitar necesidades de salud pública) y que son luego exportados a países desarrollados.

Sin perjuicio de lo anterior, pienso que es importante remarcar un aspecto que ya mencioné al referirme al agotamiento del derecho de autor cuando, citando la opinión de Röttinger, expresé que no había agotamiento del derecho de reproducción ya que, de lo contrario, se afectaría seriamente el significado del derecho. Pienso que idénticas consideraciones son aplicables a la propiedad industrial; es decir, no se agota el derecho de fabricar *con exclusividad* – o autorizar a terceros a que fabriquen con exclusividad – productos identificados con una marca o protegidos por una patente ya que ello pondría seriamente en juego el derecho. Lo que se agota es la posibilidad de controlar la forma de comercialización del producto.

Cabe aclarar una cuestión que, aunque obvia, no deja de ser importante: más allá del profundo desacuerdo en torno al agotamiento, existe unanimidad respecto de que el derecho en algún punto se agota. A lo largo de mi investigación, no he encontrado ninguna fuente que diga que el titular de un derecho de PI tenga una facultad ilimitada de controlar la forma en que se comercializará el producto una vez que ha salido de su órbita de influencia. El desacuerdo radica, nada más y nada menos, en el alcance que el agotamiento debe tener.

V. REFLEXIÓN FINAL PERSONAL

Como cierre del presente trabajo, me interesa hacer una reflexión final de tipo personal, aunque relacionada con el tema que nos ocupa.

Antes de divulgar el presente trabajo, lo registraré preventivamente ante la Dirección Nacional del Derecho de Autor de la República Argentina. Si bien sabemos que el registro en el ámbito del derecho de autor tiene un valor declarativo y no constitutivo, es indudable su valor probatorio.

Digo esto porque el presente trabajo trata sobre el alcance que debemos reconocer a los derechos de PI. Yo, como autor, soy también un interesado en esa protección. Es decir, soy uno más entre los titulares de derechos de PI que tantas veces nombré a lo largo del presente trabajo y, teniendo en cuenta el tiempo invertido en escribirlo, no me gustaría que alguien pudiese aprovecharse de mi esfuerzo – por ejemplo plagiando el trabajo – porque la ley no reconoce en ese caso vías de acción.

Lo mismo ocurre con empresas o individuos que desarrollan invenciones patentables, crean obras protegidas por el derecho de autor o invierten importantes sumas en publicidad para desarrollar una marca. Por ende, es innegable a mi juicio el valor de proteger la PI.

De todas formas, también es cierto que los derechos que nos ocupan implican un reconocimiento a su creador, aunque también una fuerte limitación para la sociedad. Durante el respectivo término de protección, la sociedad debe abstenerse de usar libremente una obra artística, reproducir una invención o usar un determinado nombre o marca. De mantenerse estas restricciones en forma ilimitada y perpetua, sin duda resultarían obstáculos para el progreso (los mismos obstáculos que seguramente surgirían en ausencia absoluta de protección).

Es en función de lo anterior que las respectivas leyes que protegen la PI deben intentar trazar el delicado equilibrio entre el respeto de los derechos de los titulares y los intereses de la sociedad, viéndose éstos últimos satisfechos a través de los límites a los derechos.

El agotamiento es uno de esos límites, tal vez el más controvertido, y la existencia de importaciones paralelas es la razón de ser – podríamos decir también la causa – de ese límite. Por consiguiente, el objetivo de las legislaciones de PI es poder garantizar la recompensa a los diferentes titulares de derechos, sin que por ello éstos pongan obstáculos al propio desarrollo que la protección de los derechos de PI pretende fomentar.

BIBLIOGRAFÍA

1) Abbott, Frederick M.; *“Second Report (Final) to the Committee on International Trade Law of the International Law Association on the Subject of the Exhaustion of Intellectual Property Rights and Parallel Importation”*; presentado en Londres en julio de 2000 durante la 69ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional.

2) Abbott, Frederick M.; *“First Report (Final) to the Committee on International Trade Law of the International Law Association on the Subject of Parallel Importation”*; *Journal of International Economic Law*; Vol. 1; 1998; Oxford University Press.

3) Aracama Zorraquín, Ernesto; *“El Agotamiento de los Derechos de Marca y las Importaciones Paralelas”*; *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*; N° 3; *“Derecho de Marcas”*; Ed. Ciudad Argentina; Buenos Aires, 1999.

4) Bale, Harvey E., Jr. *“The Conflicts between Parallel Trade and Product Access and Innovation: The Case of Pharmaceuticals”*; *Journal of International Economic Law*; 1998; Oxford University Press.

5) Barfield, Claude E. – Groombridge, Mark A., *“The Economic Case for Copyright Owner Control over Parallel Imports”*; *The Journal of World Intellectual Property*; Vol. 1; November 1998; Number 6; Werner Publishing Company Ltd.

6) Bercovitz, Alberto en *“Tratado de Derecho Comunitario Europeo – Estudio Sistemático desde el Derecho Español”*; dirigido por Eduardo García de Enterría, Julio D. González Campos y Santiago Muñoz Machado; Civitas, Madrid, 1986.

7) Cohen Jehoram, Herman; *“Prohibition of Parallel Imports Through Intellectual Property Rights”*; *International Review of Industrial Property and Copyright Law*; Vol. 30; N° 5/1999.

8) Conde Gallego, Beatriz, *“The Principle of Exhaustion of Rights and its Implications for Competition Law”*, IIC – *International Review of Industrial Property and Copyright Law*; Vol. 34; N° 5/2003.

9) Correa, Carlos *“Integrating Public Health Concerns into Patent Legislation in Developing Countries”*; www.southcentre.org/publications/publichealth/toc.htm; *VII. Exceptions to Exclusive Rights*.

- 10) Curto Polo, Mercedes; Tesis Doctoral "La Cesión de Marca"; Universidad de Salamanca – Facultad de Derecho; Departamento de Derecho Privado, Área de Derecho Mercantil; 2001.
- 11) De Las Heras Lorenzo, Tomás "El agotamiento del derecho de marca"; Editorial Montecorvo, S.A.; Madrid, 1994.
- 12) García Vidal, Ángel, Dr.; "El Alcance Territorial del Agotamiento del Derecho de Marca en la Reciente Jurisprudencia del TJCE (comentario a las sentencias de 16 de julio de 1998 "Silhouette", y de 1 de julio de 1999, "Sebago")"; Actas de Derecho Industrial; Vol. XXI, 2000.
- 13) Heath, Christopher; "Legal Concepts of Exhaustion and Parallel Imports – Chapter 2" en "Parallel Imports in Asia"; Ed. Christopher Heath; Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law; Kluwer Law International; 2004.
- 14) Heath, Christopher; "Parallel Imports and International Trade"; IIC – International Review of Industrial Property and Copyright Law; Vol. 28 N° 5/1997.
- 15) Jarry, Allan; "International Exhaustion of Patent Rights in Chile"; Edición por el 40° aniversario del Estudio Barbat & Cikato; Montevideo, Uruguay, 2002.
- 16) Lilley, Richard H., Jr.; "Parallel Imports: Are Remedies under Patent Law Appropriate?"; AIPPI Journal (AIPPI – JAPAN); Vol. 23; N° 4; 1998.
- 17) Lipszyc, Delia; "Derecho de Autor y Derechos Conexos"; UNESCO / CERLALC / ZAVALIA; 1993.
- 18) Martínez Medrano, Gabriel A.; "El Diseño Industrial en el Mercosur"; Jurisprudencia Argentina; T. III – Año 2000; Buenos Aires.
- 19) Moncayo von Hase, Andrés en "Derecho de Patentes, El Nuevo Régimen Legal de las Invenciones y los Modelos de Utilidad"; Ediciones Ciudad Argentina, 1996; Coordinador: Carlos Correa; Capítulo III: "El Nuevo Régimen de Patentes de Invención: Extensión y Límites a los Derechos".
- 20) Nazzini, Renato, Dr.; "Parallel Trade in the Pharmaceutical Market: Current Trends and Future Solutions"; World Competition Law and Economics Review; Vol. 26; N° 1; marzo de 2003.
- 21) NERA, SJ Berwin & Co. y IFF Research; "The Economic Consequences of the Choice of Regime of Exhaustion in the Area of Trademarks"; Executive Summary; Final Report for DG XV of the European Commission; 8 de febrero de 1999, Londres.
- 22) Norman, Helen; "Parallel Imports from Non-EEA Member States: The Vision Remains Unclear"; European Intellectual Property Review, 2000; Issue 4; Sweet & Maxwell Limited.
- 23) OMPI; "El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial" (Doc. ISIP/96/10); agosto de 1996.
- 24) Röttinger, Moritz; "L'épuisement du droit d'auteur"; Revue Internationale du Droit d'Auteur; N° 157; Julio 1993.
- 25) Stamatoudi, Irini A. y Torremans Paul L.C.; "International Exhaustion in the European Union in the Light of "Zino Davidoff": Contract versus Trade Mark Law?"; International Review of Industrial Property and Copyright Law (IIC), Vol. 31 N° 2/2000.
- 26) Vautier, Kerrin M.; "Economic Considerations on Parallel Imports – Chapter 1" en "Parallel Imports in Asia"; Ed. Christopher Heath; Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law; Kluwer Law International; 2004.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

- *Langón Cuñarro, Miguel* - “¿Por qué es necesario aprender a resolver casos?”
- *Rodríguez Arana, Jaime* - “La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado y lo público)”

POR QUÉ ES NECESARIO APRENDER A RESOLVER CASOS

MIGUEL LANGON CUÑARRO

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Montevideo

I

El Derecho Penal es parte de la ciencia jurídica, por lo tanto de la ciencia social, que orienta la finalidad última de sus conocimientos a la aplicación práctica de los mismos, en la realidad comunitaria en que le toca actuar.

El conocimiento que buscamos no tiene por meta el saber por el saber en sí, sino para su utilización dentro de la red social, buscando con ello la solución racional, eficiente, uniforme y justa del conflicto que se plantea a raíz del quebrantamiento de la norma por parte del criminal.

La misión de los operadores del sistema de la justicia penal tiene por objeto esencial resolver casos.

La verdadera justicia restaurativa sólo puede implantarse desde una armónica construcción dogmática, que tenga en vista la reconstitución del tejido social dañado por el delito, entre otras cosas, y en lo que interesa ahora, a través de un castigo justo al delincuente, donde se cumplan realmente los principios de certeza y seguridad jurídicas, ciñendo las conductas de los operadores no a su leal saber y entender, a su conciencia o sensibilidad jurídica, sino, todo ello, pero dentro del marco de la ley.

Trato de volcar en estas páginas mi experiencia de más de treinta años de docencia (y veinticinco de actuación no interrumpida en la esfera de la justicia penal), durante los cuales pude percibir con meridiana claridad que donde más se advierte la inseguridad y el desconcierto de estudiantes, e incluso de profesionales del derecho, es en el momento de tener que actuar ante las situaciones cotidianas que la realidad va poniendo, con su compleja trama, a su consideración.

No me atreveré a decir que en los últimos tiempos hemos adolecido, a nivel académico de un exceso de teoría, ni transformado el estudio del derecho penal en un galimatías inextricable, ni abusado de los planteos filosóficos, e incluso político-ideológicos, sobre temas esenciales como el del propio derecho a castigar, pero sí afirmaré que nada de ello es

productivo si no permite al fin y al cabo resolver con certeza, claridad y firmeza los casos a resolver.

En tal sentido el esfuerzo docente **debe verse orientado a complementar** (no a descuidar o despreciar) **los estudios dogmáticos**, y es por ello que, sobre el material que yo mismo he publicado como docente, he de edificar una obra nueva, más como un complemento de la teoría, que como su contraria, tratando de afirmarla y no de negarla, o menospreciarla, sino poniéndola totalmente al servicio de la solución de casos, en definitiva de la **resolución correcta a los dos asuntos principales que plantea el juicio criminal:**

- 1) **la determinación del delito, y**
- 2) **el castigo del autor.**

II

Obviamente esto supone, sobre todo desde el punto de vista docente, que es el que guía principalmente este trabajo, que el estudiante tenga un conocimiento previo del asunto que se debe resolver, lo que implica un esfuerzo cotidiano, continuo, no interrumpido, que vaya actuando por acumulación, de modo que el fin del curso tenga una idea cabal de la total complejidad de lo que debe resolver, y esté en condiciones de hacerlo por sí mismo.

Sin estudiar y sin conocer el derecho y la doctrina, sin considerar acaso la jurisprudencia, **no es posible para el abogado resolver los casos**, más allá de la intuición o del sentido común que pueda tener, como lo haría en su lugar cualquier "lego" al que se le pidiera una respuesta sobre un asunto penal.

La presentación sucesiva de casos reales o "académicos", preparados al efecto, como ejemplos de clase (casos "modélicos"), tiene por objeto no tanto dar soluciones preconcebidas y cerradas para siempre, según el saber del profesor de turno, sino fundamentalmente abrir las mentes de los alumnos, para que estén en condiciones de identificar los problemas que se plantean, las disposiciones legales aplicables, la doctrina más recibida, y poder por tanto, al cabo de todo ello, dar una respuesta lúcida y personal, por cierto que fundada, al caso.

Siguiendo el consejo de JIMÉNEZ DE ASÚA, me inclino por esquematizar los casos propuestos, incluso los que no son exclusivamente académicos, sino que provienen de la vida real, de forma de permitir una mejor comprensión, casi intuitiva, e inducir a buscar y ver de inmediato, cual es el meollo, la esencia de cada problemática.

No me he privado, por supuesto, de incorporar algunos casos que ya han tomado estatura de verdaderos tópicos en la enseñanza jurídica, de la más diversa procedencia, proponiendo situaciones expuestas por otros docentes o publicistas, incluso por mi mismo, con anterioridad, que por eso han adquirido diríamos como una "personalidad" propia, y que se exponen casi con nombre propio, como por ejemplo "el caso de tirador inexperto", "el caso del quintero", "el del sastre de Hamburgo", "el del incendio del hospital", o "del choque de la ambulancia", etc.

Resolver un asunto criminal real, implica una operación regida por la lógica, un estudio racional de la ley.

La misma norma jurídica indica el camino a transitar con tal objetivo.

No es otro que el pautado criterio que establece el Código del Proceso Penal (y en su medida el Código General del Proceso), en cuanto a los pasos que debe dar el Juez para dictar Sentencia, modelo que debe regir para los demás operadores (fiscales y defensores), pero también, sobre todo en los primeros tiempos, para los estudiantes al presentar sus conclusiones.

Dejando de lado los aspectos meramente formales (fecha en que se dicta, nombre del acusado, determinación del fiscal actuante y mención del delito imputado en el auto de procesamiento), el dictado de una sentencia (art. 245 CPP/80), comprende tres puntos fundamentales, a saber:

1. RESULTANDOS
2. CONSIDERANDOS y
3. FALLO.

1. RESULTANDOS.

En los Resultandos "expresará las actuaciones incorporadas al proceso, relacionadas con las cuestiones a resolver en el fallo, las pruebas que le sirvieren de fundamento, las conclusiones de la acusación y la defensa, y finalmente, **debidamente articulados, los hechos que se reputan probados**" (art. 245.2 cit)

En definitiva en los resultandos el juez hace un resumen de la causa, pero lo esencial de los mismos son los hechos, es decir cual es la conducta humana que será objeto de juzgamiento, o, dicho de otro modo, sobre cual supuesto de hecho se basará la con-

clusión, de absolución o de condena, a que arribe el magistrado (art. 245.4 CPP/80)

Estos hechos son los que marcan lo que se denomina la "continencia de la causa", vale decir, sobre qué es que se va a discutir, cual es la pretensión del Estado, expuesta a través del fiscal que es su representante, y actúa como "parte acusadora" en el juicio.

Por eso el Fiscal, en su acusación, (si es que la formula y no opta por el sobreseimiento), deberá (art. 239 CPP/80) identificar:

- a) a la persona o personas contra las cuales formula la requisitoria;
- b) **los hechos que repute probados;**
- c) la participación que tuvo en ellos el o los acusados;
- d) las circunstancias de agravación o atenuación que correspondan, y
- e) **la pena que solicita.**

Todo ello es de fundamental importancia, porque sólo así podrá el Defensor, estar en condiciones de actuar en servicio de la justicia, la ley y su cliente, ejerciendo adecuadamente su derecho de defensa, porque, sólo de tal modo puede saber de qué se acusa en definitiva al mismo y qué pena se requiere en su contra (art. 240 CPP/80)

El Defensor podrá de tal modo, siguiendo un esquema similar, con mayor libertad de exposición que los funcionarios públicos mencionados *supra*, discutir la realidad de los hechos que se articulan por el fiscal y argumentar sobre todos los demás aspectos mencionados, y pedir incluso la absolución (si cree que su defendido es inocente o si a su juicio no existen prueba de su responsabilidad), o requerir una pena menor o de otra naturaleza, etc.

Ello es conforme a lo dispuesto sobre el contenido de las sentencias por el CGP/988 (art. 198), que establece que: "las sentencias contendrán decisiones expresas, positivas y precisas. Reaerán sobre las cosas litigadas por las partes con arreglo a las pretensiones deducidas, (y) declararán el derecho de los litigantes".

2. CONSIDERANDOS

El juez determinará en ellos (art. 245.3 CPP/80): "**los fundamentos legales de la calificación de los hechos que se tiene por probados**"; los de la participación que en ellos hubiere tenido el acusado o acusados; los de las circunstancias del delito, causas de justificación, inimputabilidad, impunidad o extinción del delito si las hubiere; "**la mención expresa de las disposiciones legales aplicables**"; y los referente a efectos civiles del delito.

Se realiza en esta parte el estudio del derecho aplicable, donde tiene cabida toda la teoría jurídica

del delito volcada al estudio y resolución del caso concreto.

Determinará el juzgador si hubo conducta humana, si ésta está tipificada como delito por una norma legal, si no fue justificada, si el actor, siendo imputable, actuó culpablemente, y si no resulta por alguna razón eximida de pena.

En suma, debe establecer el estudiante si en el caso hay un delito, esto es, una conducta humana, típica, antijurídica y culpable, que resulta además punible, y quienes participaron en él, y a qué título lo hicieron, a los efectos de establecer exactamente la responsabilidad de cada uno.

Esta forma de proceder también resulta del CGP/988 (art. 197 inc. 3) que expresa que, en la sentencia el juez establecerá “de modo claro y sucinto, el o los puntos litigiosos, los hechos que se tienen por ciertos y los que han sido probados, consignándose los fundamentos de derecho en cuya virtud se les tiene por tales”, siguiendo luego con “la exposición de las razones jurídicas en cuyo mérito se aplica el derecho”.

3. FALLO

Finalmente, luego de establecidos los hechos y el derecho, el juez llega a la **resolución del caso** (lo que de igual modo hará el estudiante), tomando una decisión que debe ser asertiva (art. 245.4 CPP/80) y sólo puede consistir en condenar o absolver (fallo absolutorio o condenatorio)

Como dice el CGP/988 la sentencia “concluirá con la **parte dispositiva**, que se redactará en términos imperativos” (art. 197 *in fine*)

En la hipótesis de condena, lo más importante es la fijación de la pena que debe servir el criminal, la que debe ser exactamente determinada en la forma que indica la ley, no puede, conforme al principio dispositivo, superar el límite de la requerida por el Ministerio Público, salvo casos excepcionales (art. 246 CPP/80), y eventualmente las medidas de seguridad que correspondan, que son las dos consecuencias más importantes del delito (aparte de las civiles que pudieren corresponder)

III

Resolver un caso supone por tanto, sobre este esquema, **determinar exactamente los hechos que ocurrieron, establecer cual es el derecho aplicable y fijar la pena** que corresponde, dentro de los parámetros determinados por la ley.

Los hechos los proporcionaremos nosotros, y en ese sentido, los mismos **deben ser tomados como la verdad material probada, como lo que realmente ocurrió.**

Lo esencial de los “resultandos”, los hechos, constituyen el aporte fundamental de esta obra, sobre los que el estudiante deberá fundamentalmente aplicar los conocimientos adquiridos de la materia, y “decir el derecho”, para luego, en lo posible estar en condiciones de fijar una pena justa, lo que sólo podrá complementarse al fin del segundo curso, luego de haber considerado los delitos en particular.

O sea que, juzgar los hechos y establecer cual es el derecho que corresponde al caso, será lo fundamental de la tarea.

Al presentarlos, damos por supuesto que durante el juicio, se halló la prueba que permitió “obtener la verdad respecto de los hechos que integran el proceso penal” (art. 172 CPP/80)

El estudiante deberá por tanto leerlos detenidamente, en todos sus detalles, siguiendo las indicaciones que se ofrezcan, y, para el ejercicio, aceptarlos como están propuestos, sin modificación alguna, porque es sobre esa base que debe resolver el asunto, por lo que nos ponemos en la situación del juez al dictar el fallo definitivo.

Eso no impide que, cuando se determine expresamente en la letra del problema propuesto, o incluso o cuando así lo vea conveniente, *sin modificarlos*, el decisor pueda incorporar otros elementos que le permitan dar vida a una situación, de algún modo “colorearla” (por ejemplo incorporando datos sobre antecedentes familiares o psicológicos del autor), siempre que ello no cambie la plataforma fáctica sobre la que se construyó el asunto.

No será por tanto procedente hacer un estudio de la prueba porque se da por supuesto, por definición, que ella es cabal y ha acreditado lo que se plantea como los hechos a dilucidar que se deben tomar por definitivos, porque eso es lo que ocurrió, esa es la conducta humana que se debe adecuar a los tipos y punir en definitiva, porque no plantearemos, como es obvio, hipótesis de absolución por falta de pruebas, lo que no impide que, en algunas ocasiones, la respuesta correcta pueda ser considerar que no existe al fin y al cabo imputación que formular, o pena que requerir, pero por argumentaciones extrañas al caso, sino precisamente basados en la exposición fáctica ofrecida, de la cual puede resultar, en la interpretación del estudiante, causales de justificación, de inculpabilidad, de impunidad, etc.

Los casos se presentan y eventualmente se ofrecerán las soluciones que me parecen son las correctas, naturalmente que siguiendo las pautas que emergen de mi modo de ver el derecho penal, y que expreso fundamentalmente en mi “*Curso de Derecho Penal y Procesal Penal: Teoría de la Ley Penal, del Delito y de la Pena*”, ed. “Del Foro”, Montevideo, 2003: 570, y en los tomos publicados de mi “*Código Penal y Leyes Penales Complementarias de la*

República Oriental del Uruguay”, a cuyos textos deberá acudir el estudiante, leyendo previamente al desarrollo de la clase las páginas que se indican, para estar en condiciones de poder afrontar la solución con criterios jurídicos y sobre la base obvia de lo que establece el derecho positivo nacional.

Espero que ello estimule la lectura de otras fuentes y naturalmente la eventual confrontación con opiniones coincidentes o no con el resto de la manualística nacional, toda la cual viene a ser de lectura casi obligatoria, si lo que se busca es obtener el mejor producto, la mejor formación del abogado práctico.

El objetivo final, por supuesto, es **ayudar al cursante a aprender a pensar por sí mismo**, de forma que el estudiante no sea esclavo de la opinión ajena, sino formador de la propia, naturalmente que informada, respecto de lo que, sobre los mismos temas, otras personas han elaborado antes que él.

Es claro por otra parte que **cada caso deberá resolverse conforme a la exigencia del punto del Programa que se está tratando**, porque es obvio que sólo al final del mismo (e incluso estrictamente al fin de ambos Cursos de Penal I y II), puede la persona estar en condiciones de solventar la totalidad de cuestiones que pueden presentarse.

Por ejemplo, si presentamos el siguiente problema:

P.1: A incita a B, de 17 años, a matar a C, padre de A, hecho no conocido por B. A consecuencia de ello, B con intención de cumplir el mandato, ataca a C, provocándole no obstante sólo lesiones, con hundimiento de cráneo que pusieron en peligro su vida, es obvio que se presentan temas de Penal I y II, o sea de Parte General y Especial del Código Penal, que involucran, entre otros, asuntos de imputabilidad (art. 34 C.P.); de coparticipación (art. 60.2); de agravación (art. 59 inc.4 C.P.); de culpabilidad (art. 18 C.P.); de error (art. 23, 25 C.P.); de ejecución incompleta o tentativa (art. 5 C.P.), y de tipificación (art. 310, 317 N° 1 C.P.)

El estudiante por supuesto no está *ab initio* en condiciones de responder a todo ello, lo que podrá hacer sólo al final de sus estudios de derecho penal, lo que por una parte, da una gran riqueza al material que presentamos, porque permite abordarlo una y otra vez, enriqueciéndose sucesivamente a medida que el conocimiento se va acumulando y asentando en el espíritu, mientras que por otra hace necesario un estudio estratificado, por partes, según el segmento del programa que estemos desarrollando, conforme a la dirección del interés que tengamos en un momento dado en resolver un asunto determinado (por ejemplo en materia de coparticipación, y específicamente de autoría mediata), lo que surgirá del lugar en que lo estudiemos o, probablemente a

indicación expresa, como por ejemplo, si luego de presentar el caso, se pregunta concretamente sobre quién es el autor de la tentativa de homicidio de C.

Es por esta razón que a los diferentes casos les ponemos un número correlativo que permita ubicarlos fácilmente con posterioridad, para poder volver a ellos a medida que desarrollamos los conocimientos y podemos utilizarlos, en tal sentido, una y otra vez.

Por eso este caso lleva la identificación **P.1**, que significa Prólogo caso 1, apareciendo luego, por ejemplo, **C. I.3** (que significará Capítulo I, caso 3), y así sucesivamente.

IV

La resolución de casos debe hacerse mediante el estudio “estratificado”, también llamado abordaje “analítico”, que se corresponde perfectamente con la tarea que debe realizar el intérprete al estudiar la Teoría Jurídica del Delito, espina dorsal de los estudios de la ciencia penal.

Para conocer más sobre un punto como en que antecede, indicaré siempre, como en el ejemplo que sigue, de este modo las lecturas necesarias:

Leer: “*Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*”, en adelante *CDPYPP, Parte Segunda, Capítulo I, 1.2*.

Agregaré también indicaciones, cuando corresponda, sobre **normativa legal**, por ejemplo, si se trata de un tema de tentativa, indicaré que se debe consultar el art. 5 C.P., etc.

Esta forma de abordaje nos permite ir desarrollando conceptos y lenguaje técnico jurídico, a través de lo cual podemos identificar correctamente el problema, y aprender a resolverlo según un orden lógico y racional.

Como surge de la lectura recién recomendada, el delito es una conducta humana (activa u omisiva), típica, antijurídica y culpable, que resulta, además, punible, de forma que mantiene toda su vigencia, a sus efectos prácticos la vieja visualización de ellos como un conjunto de “elementos”, de presencia obligatoria para que se pueda finalmente hacer el juicio de imputación, o sea de adscripción de un hecho a una persona.

Si falta alguno de ellos, no habrá delito o en su caso el delito existente, no podrá ser castigado (causas de impunidad, especialmente excusas absolutorias).

Esto permite realizar varios niveles de análisis, de modo que se puede descartar la existencia de un crimen respecto de un autor determinado, cuando aparecen los antiguamente llamados “contra-elementos”, que precisamente rompen la unidad del crimen e imposibilitan que la conducta en definitiva pueda ser calificada como tal.

Casos de no-acción:

De tal modo si el delito es definido como acción humana, no habrá delito (sin necesidad de estudiar la tipicidad, la antijuridicidad, ni la culpabilidad), si sencillamente no hay conducta, por ejemplo:

P. 2: A invita, insiste, y finalmente convence a B, que era reacio a ello, a jugar a la pelota, en campo abierto, un día de tormenta. Cae un rayo y mata a B.

Pregunta: ¿se puede imputar ese hecho fatal a A?

Si la respuesta es negativa, por hallarnos ante un caso de no-acción, es irrelevante seguir adelante con el estudio de los demás elementos porque el primero y básico, más bien el hecho sobre el que recaerá todo posible juicio jurídico penal, en realidad no existe y por lo tanto no tiene sentido considerar los demás.

Sólo si llegamos a la conclusión de que sí existe una conducta humana, estaremos en condiciones y habilitados para continuar con el análisis en la forma escalonada, que postula la doctrina y que sigue el orden lógico de resolución de casos.

P. 3: A de 22 años, buen deportista y nadador profesional, va de paseo a la playa con su novia B. Una veraneante C, turista argentina, se interna en aguas profundas y comienza a ahogarse, cosa que advierten A y B, que la oyen gritar y miran impasibles desde la orilla como se desarrollan los acontecimientos. C finalmente muere de asfixia por inmersión.

Pregunta: ¿Es imputable esa muerte a la omisión de A y B? ¿Se puede atribuir esa conducta omisiva como causal de la muerte de C?

Obviamente, si concluimos que no hay allí una omisión productora del resultado letal, porque no les era legalmente exigible evitarlo, podrán tal vez discutirse si se les puede atribuir alguna otra figura (quizás omisión de asistencia, art. 332 C.P.), pero no responderán por el homicidio de C, que no les podrá ser imputado como tal.

Caso de atipicidad de la acción:

P. 4: A, casado con B, mantiene concubinato con C, cometiendo de este modo adulterio.

En este caso hay, obviamente, una conducta de A, que además es ilícita, pues contraviene las normas del matrimonio civil, que tiene consecuencias en varias áreas del derecho (entre otras es causal de divorcio; puede dar lugar a una decisión determinada en cuanto a tenencia de los hijos, y, en lo específicamente penal, actúa como una posible causa de perdón judicial, art. 36 C.P.)

El punto consiste en determinar si esta acción es o no criminal, si está o no incorporada a un tipo penal, en suma, si es típica o no.

Sólo son penalmente relevantes las conductas establecidas como delito por la ley (art. 1 C.P.)

Como la ley actual, en contra de lo establecido por el Código Penal de 1889, no castiga el adulterio como crimen, la conducta no es delictiva.

Al detenernos en este punto, ya que excluimos que exista un delito porque la conducta es atípica, no es necesario que entremos a considerar si esta conducta injusta desde el punto de vista del derecho civil, es penalmente antijurídica, sencillamente porque detenemos la investigación en el momento anterior, que es el efecto que tiene este estudio por “capas” o “escalones” del concepto del delito.

Caso de conducta, típica, justificada (lícita no antijurídica):

P. 5: A es atacado a mano armada por B, en cuya situación, y para defenderse, da un golpe, con una baldosa suelta que encuentra en la calle, en la cabeza de B, el que fallece a consecuencia de ello.

Pregunta: ¿Es antijurídica o legítima la conducta típica (dar muerte) que desarrolla A?

En este caso la conducta humana, con ser típica, no es delictiva, porque el derecho no puede permitir y prohibir al mismo tiempo, y matar en esa situación está justificado por la legítima defensa (art. 26 C.P.)

Aunque pueda resultar paradójico, a poco que se examine, existen situaciones, como la expuesta, en que está permitido dar muerte intencionalmente a otra persona, conducta que plasma la esencia del homicidio según la definición del art. 310 C.P.

Pero esta muerte no es delito, porque está permitido en ese caso matar (la conducta por tanto no es penalmente antijurídica, sino, por el contrario, lícita)

Caso de conducta, típica, no justificada, pero no culpable:

P. 6: A cajera del Banco es privada de su libertad por B, que “copa” el apartamento donde vive sola con su hijo C, de 4 años de edad. B le exige, haciendo ostentación de arma de fuego, que vaya al Banco y se apodere de diez mil dólares y los traiga a la casa, donde él se queda reteniendo a C, bajo amenaza de que, si no obedece, dará muerte al niño. A ejecuta lo ordenado y entrega a B el dinero sustraído del Banco, retirándose entonces el delincuente del hogar de A, dándose a la fuga, no sin antes advertir a la mujer que si llama a la policía antes de diez minutos, volverá a vengarse de ella y la criatura.

Pregunta: No obstante que A realiza una acción tipificada de apropiación indebida (art. 351 C.P.), ¿se puede formular a su respecto el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad?

Es obvio que no, y el caso, como veremos oportunamente, se resuelve según los baremos de la coacción en el campo del derecho penal, de la vo-

luntad coacta, la que actúa bajo una *vis relativa*, o sea bajo amenaza, de forma y modo que, aunque la mujer ejecuta voluntariamente el hecho prohibido (el delito de apropiación indebida), esa no era su libre y espontánea voluntad, sino una volición viciada que actuaba la imposición violenta de una voluntad ajena.

Como puede verse es este caso la conducta es típica, antijurídica (la mujer no está en situación justificada), pero no es culpable, porque a ella, en este caso, no se le puede exigir una conducta diferente de la que ejerció, por lo que su actuar queda fuera del juicio de reproche, resultando por ello inculpable.

A través de estos casos se va observando cómo se efectúa el estudio analítico del delito, conforme a los distintos elementos que en definitiva lo conforman.

Sólo es delictiva entonces la conducta humana, típica, antijurídica y culpable, o, vista de otro modo, no puede imputarse como delito una no-acción, o una acción a-típica, o una acción típica pero legítima, o una acción típica, antijurídica pero inculpable, en el caso expuesto por serle inexigible a la madre una conducta alternativa a la cumplida, por cuanto actuó bajo coacción del verdadero criminal, y tuvo que realizar, bajo voluntad viciada, una opción entre dos males (arriesgar la vida de su hijo y eventualmente la propia, o ejecutar un acto descrito por la ley como delito, violando la confianza que la empresa depositaba en ella, como funcionaria de confianza encargada del movimiento de valores en la Caja).

Caso de conducta delictiva (típica, antijurídica y culpable) pero no punible (no se castiga):

P. 7: A, madre de B, de 20 años de edad, recibe a éste, que vivía en otro lado con su concubina, en su casa, a la cual el hijo acude desesperado pidiendo ayuda, en horas de la noche, diciéndole que le persigue la policía por haber cometido un homicidio, nada de lo que era conocido por la madre con anterioridad. A hace lo que su hijo le pide y le da ropa para que se cambie, le hace de comer, le permite dormir allí, y al otro día le da dinero y su automóvil para que pueda huir hacia el exterior.

La conducta de la madre (A), se encuentra prevista como delito de encubrimiento (art. 197 C.P.), no obstante lo cual, con ser típica, antijurídica y culpable, resulta impune por mérito del art. 42 C.P.

Se observa entonces cómo una conducta claramente delictiva, cometida con conciencia y voluntad, puede quedar sin sanción, en el caso en atención a la valoración que el legislador ha realizado respecto de los sentimientos familiares, que razones de política criminal, lo han llevado a dejar fuera de la punición.

V

Para resolver adecuadamente los casos el intérprete debe actuar en forma simplificada, tratando de encuadrar la proteica realidad dentro de esquemas manejables, sencillos y claros.

Debe para ello, dejarse llevar por un criterio similar al utilizado por el legislador al describir los tipos en los diferentes artículos de las leyes, tanto en el Código, como en las leyes penales especiales.

En efecto la ley describe los supuestos de hecho, es decir las conductas, criminales, sobre la base de un tipo doloso, ejecutado en grado de consumación, por un solo delincuente, al que llamamos el actor.

De esa manera el estudio académico debe efectuarse comenzando por el delito principal (si hay varios comprometidos), a cargo de un único autor, al que se le fijará la pena en primer lugar. Y luego podrá complejizarse el análisis determinando caso a caso los demás delitos involucrados, los diferentes grados de participación criminal y las penas que a cada uno de ellos corresponde.

Debemos desarrollar como abogados un "ojo clínico" que nos permita visualizar, *grosso modo*, casi intuitivamente, desde el inicio, lo que es esencial diferenciándolo de lo accesorio, en síntesis: de qué delito estamos hablando (cual es la situación problemática que se nos presenta), quién es su autor, a qué título debe realizarse la imputación y qué pena corresponde aplicar.

Un principio general de derecho, que se aplica fundamentalmente a los dictámenes de los fiscales y a las sentencias de los jueces, obliga a que todas las decisiones deben ser debidamente fundadas, de modo que a través de un juicio lógico pueda un tercero reconstruir el proceso de formación de la convicción de los magistrados en un sentido o en otro, permitiendo su discusión por las defensas y sus eventuales modificaciones por los tribunales superiores de segunda instancia.

De igual modo el estudiante de derecho debe fundar todas y cada una de sus opiniones, aportando los elementos de derecho y de doctrina que crea necesarios para justificar las conclusiones a que arribe.

En ello se debe usar un lenguaje universitario, propio de un estudiante avanzado de derecho, pues el desarrollo de la terminología jurídica, de un "idioma forense", es parte esencial del aprendizaje y probablemente del éxito profesional en la vida post-universitaria, cuando el abogado debe desarrollar su profesión en cualquiera de los variadísimos ámbitos en que le toque actuar.

La contundencia de los argumentos utilizados, la claridad de la exposición de las ideas, su sencillez (que denotan estudio y conocimiento), su po-

der de convicción, la solidez que deriva de todo ello, constituye al cabo un bagaje cultural que puede llegar incluso a ser más importante (por lo instrumental que resulta), que el hecho de haber resuelto más o menos bien el caso, ya que, en definitiva el derecho es una ciencia viva, que admite multiplicidad de interpretaciones y puntos de vista, de forma que, igual que en los estudios de las ciencias exactas, a

veces, más que la solución en sí misma, lo que interesa es el proceso por el cual se llega a la conclusión, el planteo diáfano de lo esencial del problema a dilucidar.

Esta ejercitación resulta crucial, especialmente si no perdemos de vista que la realidad es, siempre, muchísimo más rica y compleja que los esquemas que podamos ofrecer para encuadrarla.

LA VUELTA AL DERECHO ADMINISTRATIVO (A VUELTAS CON LO PRIVADO Y LO PUBLICO)

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA

Catedrático de Derecho Administrativo y actual Presidente de la Sección Española del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas.

SUMARIO

- I. INTRODUCCION. II. INTERES GENERAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO. III. EL ARTICULO 103 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA. IV. LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. V. NUEVAS TENDENCIAS EN CIENCIAS SOCIALES. VI. LA FUNCION GARANTIZADORA DE LOS PODERES PUBLICOS. VII. EL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL. VIII. LA VUELTA AL DERECHO ADMINISTRATIVO.

I. INTRODUCCION

En la década de los ochenta del siglo pasado, sobre todo, empezó a utilizarse por parte de la doctrina un término bien expresivo de un fenómeno que ciertamente había producido una cierta confusión y no poca inquietud en cuantos se dedican al estudio de nuestra disciplina: la huida del Derecho Administrativo. Expresión, me parece, con la que se pretendía, y todavía se pretende hoy, llamar la atención sobre la pérdida de influencia del Derecho Administrativo como Ordenamiento matriz a partir del cuál debía regirse jurídicamente toda actuación del aparato público, sea cual sea su caracterización normativa. En el fondo, se añora la posición del Derecho Administrativo como Derecho Unico sobre el que debe girar el régimen jurídico de la Administración pública, olvidando, con más o menos intensidad, que existe un núcleo básico de principios constitucionales vinculados a las actividades administrativas y a los fondos públicos vinculados al interés general, que con su manto trascienden la naturaleza del Derecho de que se trate en cada caso.

Las líneas que siguen, escritas en diferentes momentos, tienen, sin embargo, un hilo conductor: la caracterización del Derecho Administrativo desde la perspectiva constitucional, lo que trae consigo necesarios replanteamientos de dogmas y criterios, que han rendido grandes servicios a la causa y que, por tanto, deben sustituirse de manera serena y moderada por los principios que presiden el nuevo Estado social y democrático de Derecho, por cierto bien diferente en su configuración, y en su presentación, al

del nacimiento del Estado-Providencia y de las primeras nociones sobre la conformación y dirección de las tareas sociales como esencial función de competencia del Estado. Hoy, en mi opinión, la garantía del interés general es la principal tarea del Estado y, por ello, el Derecho Administrativo ha de tener presente esta realidad y adecuarse, institucionalmente, a los nuevos tiempos pues, de lo contrario perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica, cual es la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia.

Tradicionalmente, cuando nos hemos enfrentado con el arduo problema de seleccionar una perspectiva central sobre la que montar todo el Derecho Administrativo, hemos acudido a la aproximación subjetiva, objetiva o mixta. Hoy me parece que mantener una orientación única quizás sea una pretensión que dificulta la comprensión de un sector del Derecho Público que trasciende sus fronteras naturales y que actúa sobre otras realidades, años ha vedadas al Derecho Administrativo, precisamente por la estrechez de miras que surge del pensamiento único, cerrado o estático.

Parece también fuera de dudas que el Derecho Administrativo del siglo XXI es distinto del del siglo pasado en la medida en que el sustrato político y social que le sirve de base es bien distinto, como también es bien distinto el modelo de Estado actual. El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece es una manida y reiterada frase acuñada según parece por Otto MAYER que nos ayuda a entender que las instituciones típicas de la función administrativa, de una u otra forma, son permanentes, pudiendo variar obviamente la intensidad

de la presencia de los poderes públicos de acuerdo con el modelo político del Estado en cada momento. Claro está, cuando me refiero al Estado, me refiero también "mutatis mutandis" a los diferentes Entes territoriales que disponen de autonomía para la gestión de sus intereses.

Como veremos, el entendimiento que tengamos del concepto del interés general a partir de la Constitución de 1978 va a ser capital para caracterizar el denominado Derecho Administrativo Constitucional que, en dos palabras, aparece vinculado al servicio objetivo al interés y a la promoción de los derechos fundamentales de la persona. Quizás, la perspectiva iluminista del interés público, de fuerte sabor revolucionario y que, en definitiva, vino a consagrar la hegemonía de la entonces clase social emergente que dirigió con manos de hierro la burocracia, hoy ya no es compatible con un sistema sustancialmente democrático en el que la Administración pública, y quien la compone, lejos de plantear grandes o pequeñas batallas por afianzar su "status quo", debe estar a plena y exclusivamente a disposición de los ciudadanos, pues no otra es la justificación constitucional de la existencia de la entera Administración pública. En esta línea, el Derecho Administrativo Constitucional plantea la necesidad de releer y repensar dogmas y principios considerados hasta no hace mucho como las señas de identidad de una rama del Derecho que se configuraba esencialmente a partir del régimen de exorbitancia de la posición jurídica de la Administración como correlato necesario de su papel de gestor, nada más y nada menos, que del interés público. Insisto, no se trata de arrumbar elementos esenciales del Derecho Administrativo, sino repensarlos a la luz del Ordenamiento constitucional. Es el caso, por ejemplo, de la ejecutividad del acto, que ya no puede entenderse como categoría absoluta sino en el marco del principio de tutela judicial efectiva, como consecuencia de los postulados de un pensamiento compatible y complementario que facilita esta tarea.

Lo que está cambiando es, insisto, el papel del interés público que, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, aconseja el trabajo, ya iniciada hace algunos años entre nosotros, de adecuar nuestras instituciones a la realidad constitucional. Tarea que se debe acometer sin prejuicios ni nostálgicos intentos de conservar radicalmente conceptos y categorías que la hoy que encajan mal con los parámetros constitucionales. No se trata, de ninguna manera, de una sustitución "in toto" de un cuerpo de instituciones, conceptos y categorías, por otro; no, se trata de estar pendientes de la realidad social y constitucional para detectar los nuevos aires que han de alumbrar los

nuevos conceptos, categorías e instituciones con que el Derecho Administrativo, desde este punto de vista, se nos presenta, ahora en una nueva versión más en consonancia con lo que son los elementos centrales del Estado social y democrático de Derecho dinámico, o también denominado de segunda generación. Ello no quiere decir, como se comentará en su momento, que estemos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del Derecho Administrativo. Más bien, hemos de afirmar, no sin radicalidad, que el nuevo Derecho Administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que hace buena aquella feliz definición del Derecho Administrativo como el Derecho del poder para la libertad.

En fin, junto a la metodología que nos proporciona el acercamiento a las ciencias sociales desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es menester trabajar en el marco constitucional para extraer toda la fuerza, que no es poca, que la Norma fundamental encierra en orden a configurar un Derecho Administrativo más democrático en el que el servicio objetivo al interés general ayude a redefinir todas aquellos privilegios y prerrogativas que no se compadecen con la existencia de una auténtica Administración pública cada vez más conscientes de su posición institucional en el sistema democrático.

II. INTERES GENERAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO.

De un tiempo a esta parte, observamos notables cambios en lo que se refiere al entendimiento del interés general en el sistema democrático. Probablemente, porque según transcurre el tiempo, la captura de este concepto por la entonces emergente burguesía- finales del siglo XVIII- que encontró en la burocracia un lugar bajo el sol desde el que ejercer su poder, lógicamente ha ido dando lugar a nuevos enfoques más abiertos, más plurales y más acordes con el sentido de una Administración pública que, como señala el artículo 103 de nuestra Constitución "sirve con objetividad los intereses generales". Es decir, si en la democracia los agentes públicos son titulares de funciones de la colectividad y ésta está llamada a participar en la determinación, seguimiento y evaluación de los asuntos públicos, la necesaria esfera de autonomía de la que debe gozar la propia Administración ha de estar empapada de esta lógica de servicio permanente a los intereses públicos. Y éstos, a su vez, deben abrirse, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional en 1984 a los diver-

Los interlocutores sociales, en un ejercicio continuo de diálogo, lo cual, lejos de echar por tierra las manifestaciones unilaterales de la actividad administrativa, plantea el desafío de construir las instituciones, las categorías y los conceptos de nuestra disciplina desde nuevos enfoques bien alejados del autoritarismo y el control del aparato administrativo por los que mandan en cada momento. No es una tarea sencilla porque la historia nos demuestra que la tensión que el poder político introduce en el funcionamiento administrativo a veces socava la necesaria neutralidad e imparcialidad de la Administración en general y de los funcionarios en particular.

Instituciones señeras del Derecho Administrativo como las potestades de que goza la Administración para cumplir con eficacia su labor constitucional de servir con objetividad los intereses generales (ejecutividad, ejecutoriedad, "potestas variandi", potestad sancionadora...) requieren de nuevos planteamientos pues evidentemente nacieron en contextos históricos bien distintos y en el seno de sistemas políticos también bien diferentes. Y, parece obvio, la potestad de autotutela de la Administración no puede operar de la misma manera que en el siglo XIX por la sencilla razón de que el sistema democrático actual parece querer que el ciudadano, el administrado, ocupe una posición central y, por tanto, la promoción y defensa de sus derechos fundamentales no es algo que tenga que tolerar la Administración sino, más bien, hacer posible y facilitar.

Frente a la perspectiva cerrada de un interés general que es objeto de conocimiento, y casi del dominio de la burocracia llegamos, por aplicación del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, a otra manera distinta de acercarse a lo común, a lo público, a lo general, en la que se parte del presupuesto de que siendo las instituciones públicas de la ciudadanía, los asuntos públicos deben gestionarse teniendo presente en cada momento la vitalidad de la realidad que emerge de las aportaciones ciudadanas. Por ello, vivimos en un tiempo de participación, quizás más como postulado que como realidad a juzgar por las consecuencias que ha traído consigo un Estado de Bienestar estático que se agotó en sí mismo y que dejó a tantos millones de ciudadanos desconcertados al entrar en crisis el fabuloso montaje de intervención total en la vida de los particulares.

Hace algunos años, más de los que quisiera, cuando me enfrentaba al problema de la definición del Derecho Administrativo al calor de las diferentes y variadas teorías que el tiempo ha permitido, lejos de entrar en el debate sobre cuál de las dos posiciones mayoritarias era la fetén, se me ocurrió que quizás el elemento clave para la definición podría encontrarse en el marco de lo que debía entenderse en cada momento por interés general. Más que en la presen-

cia de una Administración pública, para mí lo verdaderamente determinante del Derecho Administrativo es la existencia de un interés general que regular en el marco del modelo de Estado en vigor. Ahora, en el llamado Estado social dinámico, como me gusta caracterizar el Estado social del presente, es precisamente la idea del interés general desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible, la matriz desde la cual se pueden entender los profundos cambios que se están operando en el seno del Derecho Administrativo moderno como puede ser el alumbramiento del concepto del servicio de interés general o la reconsideración de la autotutela y ejecutividad administrativa.

Hasta no hace mucho, la sociología administrativa relataba con todo lujo de detalles las diferentes fórmulas de apropiación administrativa que distinguía tantas veces el intento centenario de la burocracia por controlar los resortes del poder. Afortunadamente, aquellas quejas y lamentos que traslucían algunas novelas de Pío Baroja sobre la actuación de funcionarios que disfrutaban vejando y humillando a los administrados desde su posición oficial, hoy es agua pasada. Afortunadamente, las cosas han cambiado y mucho, y en términos generales para bien. Siendo esto así, insisto, todavía quedan aspectos en los que seguir trabajando para que la ciudadanía pudiera afirmar sin titubeos que la Administración ha asumido su papel de organización al servicio y disposición de la ciudadanía. Y, para ello, quienes hemos dedicado años de nuestra vida profesional a la Administración sabemos bien que es menester seguir trabajando para que siga creciendo la sensibilidad del aparato público en general, y la de cada servidor público en particular, en relación con los derechos y libertades de los ciudadanos. Hoy el interés general mucho tiene que ver, me parece, con incrustar en el alma de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo, un contexto de equilibrio poder-libertad que vaya abandonando la idea de que la explicación del entero Derecho Administrativo bascula únicamente sobre la persona jurídica de la Administración y sus potestades, privilegios y prerrogativas.

En este sentido, siempre me ha parecido de clarividente y pionero un trabajo del profesor García de Enterría de 1981 sobre la significación de las libertades públicas en el Derecho Administrativo en el que afirmaba que el interés general se encuentra precisamente en la promoción de los derechos fundamentales. Esta aproximación doctrinal, que goza del respaldo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, está permitiendo, sobre todo en el Derecho Comunitario Europeo, que auténticas contradicciones conceptuales como la del servicio público y los derechos fundamentales se estén salvando desde un nue-

vo Derecho Administrativo, me atrevería a decir que más relevante que antes, desde el que este nuevo entendimiento del interés general está ayudando a superar estas confrontaciones dialécticas a partir del equilibrio metodológico, el pensamiento abierto y la proyección de la idea democrática, cada vez con más intensidad, sobre las potestades administrativas. Lo que está ocurriendo es bien sencillo y consecuencia lógica de nuevos tiempos que requieren nuevas mentalidades, pues como sentenció hace tiempo Ihering, el gran problema de las reformas administrativas se haya en la inercia y la resistencia a los cambios que habita en la mentalidad de las gentes. Es decir, la caracterización clásica del servicio público (titularidad pública y exclusiva) ha ido adecuándose a la realidad hasta que se ha llegado a un punto en el que la fuerza de la libertad y de la realidad han terminado por construir un nuevo concepto con otras características, sin enterrar nada, y menos con intención de enarbolar la bandera del triunfo de lo privado sobre lo público, porque el debate conceptual ni se plantea en estos términos ni es verdad que el Derecho Administrativo haya perdido su razón de ser. Más bien, lo que está ocurriendo es que está emergiendo un nuevo Derecho Administrativo desde otras coordenadas y otros postulados diferentes a los de antes. Pero, al fin y al cabo, Derecho Administrativo.

III EL ARTICULO 103 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

El marco en el que debe explicarse el Derecho Administrativo Español, se encuentra en la Constitución de 1978. El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece sentenciado con su habitual perspicacia Otto Mayer, tal y como hemos recordado con anterioridad. Y, como señalara el juez Werner, en esta línea, el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretado.

Un vez superadas las lógicas polémicas iniciales que se produjeron entre nosotros tras la aprobación de la Constitución entre el Derecho Administrativo y el Constitucional, debe reconocerse que las líneas maestras sobre las que debe pivotar el Derecho Administrativo del presente se encuentran en el conjunto de criterios, parámetros, vectores y principios que están reconocidos en nuestra Constitución.

En el caso que nos ocupa, me parece que es menester citar, que no analizar dada la naturaleza de este trabajo, los artículos 9, 10, 24, 31 y 103, como los preceptos en los que encontramos un conjunto de elementos constitucionales que nos ayudan a reconstruir las categorías, conceptos e instituciones de otros tiempos y de otros sistemas políticos a la luz del marco constitucional actual. Cualquiera que

se asome a la bibliografía española del Derecho Administrativo, encontrará un sinfín de estudios e investigaciones sobre la adecuación a la Constitución de las principales instituciones que han vertebrado nuestra disciplina, que a las claras demuestra como la doctrina tiene bien presente esta tarea.

Entre estos preceptos, ocupa un lugar destacado el artículo 103 que, en mi opinión, debe interpretarse en relación con todos los artículos de nuestra Carta magna que establecen determinadas funciones propias de los poderes públicos en un Estado social y democrático de Derecho, como suelo apostillar, dinámico. Dicho artículo, como bien sabemos, dispone, en su párrafo primero, que "La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho".

La Administración pública (estatal, autonómica o local porque se usa deliberadamente el singular para referirse a todas), sirve con objetividad el interés general. Me parece que es difícil haber elegido mejor la caracterización de la función administrativa en el Estado social y democrático de Derecho. Primero, porque la expresión servicio indica certeramente el sentido y alcance del papel de la Administración en relación con la ciudadanía. En sentido contrario, bien se puede afirmar que la Administración en una democracia no es, ni mucho menos, ni la dueña del interés general, ni la dueña de los procedimientos, ni la dueña de las instituciones públicas. Está a disposición de la mejor gestión de lo común, de lo de todos. Segundo, porque la instauración del sistema constitucional en las democracias supone un paso relevante en orden al necesario proceso de objetivización del poder que supone la victoria del Estado liberal sobre el Antiguo Régimen. La referencia, pues, a la objetividad es capital. Tiene dos dimensiones según la apliquemos a la organización administrativa en general, a los empleados públicos o funcionarios en particular. En todo caso, lo que me interesa destacar en este momento y en estas circunstancias es que se pretende eliminar del ejercicio del poder público toda reminiscencia de arbitrariedad, de abuso; en definitiva, de ejercicio ilimitado y absoluto del poder. Por eso, el poder debe ser una función pública de servicio a la comunidad, en la que hay evidentes límites. Claro que al ser hombres y mujeres quienes ordinariamente son titulares del poder, las grandezas y servidumbres de la condición humana según la categoría moral de quién lo ejerza arrojarán distintas posibilidades. Ahora bien, la objetividad entraña, como hábito fundamental, la motivación de la actuación administrativa, impidiendo la existencia de espacios de oscuridad o de impuni-

dad, áreas en las que normalmente florece la arbitrariedad, sorprendentemente "in crescendo" a juzgar por las estadísticas de actuaciones administrativas merecedoras de tal calificación por los Tribunales de Justicia.

Y, en tercer lugar, la referencia central al interés general me parece que ofrece una pista muy pero que muy clara sobre cual pueda ser el elemento clave para caracterizar la Administración pública hoy y, en el mismo sentido, el Derecho Administrativo. Entiendo que la tarea de servicio objetivo a los intereses generales es precisamente la justificación esgrimida para comprender los cambios que se están produciendo, pues no parece compatible la función constitucional por excelencia de la Administración pública actual con los privilegios y prerrogativas de una Administración autoritaria que vivía en un contexto de unilateralidad y de, escrito en castellano castizo, ordeno y mando. Por eso, como señalé en el epígrafe anterior, el entendimiento abierto, plural, dinámico y compatible del interés general está ayudando sobremanera a construir nuevos espacios de equilibrio sobre los que hacer descansar este nuevo Derecho Administrativo.

Por otra parte, no podemos dejar sin considerar, tratándose del artículo 103 de nuestra Constitución, que la Administración está sometida a la Ley y al Derecho. La llegada del Estado liberal, como sabemos, supone la victoria del principio de legalidad y la muerte del capricho y la ilimitación como fundamentos de un puro poder de dominio. El poder no es absoluto, está limitado y sea cual sea la versión del principio de legalidad que sigamos, lo cierto es que la Administración debe actuar en el marco de la Ley. Además, con buen criterio se consagra el principio de sometimiento total de la actividad administrativa y, también, de proyección de todo el Ordenamiento en sentido amplio sobre dicha actuación administrativa. Esto quiere decir, en mi opinión, que junto a las Leyes, también los jueces, al analizar la adecuación a Derecho o no de la actividad administrativa, pueden echar mano de otras fuentes del Derecho que, como los principios generales, han ocupado, como sabemos, un lugar destacado por derecho propio en la propia historia del Derecho Administrativo.

Además, la alusión al Derecho hemos de interpretarla en el sentido de que el Ordenamiento a que puede someterse la Administración es el público o el privado. En realidad, y en principio, no pasa nada porque la Administración pueda actuar en cada caso de acuerdo con el Ordenamiento que mejor le permita conseguir sus objetivos constitucionales. En unos casos será el Derecho Administrativo, el Laboral o el Civil o Mercantil. Eso sí, hay un límite que no se puede sobrepasar sea cuál sea el Derecho ele-

gido, que no es otro que el del pleno respeto al núcleo básico de lo público que siempre está ínsito en la utilización de fondos de tal naturaleza para cualesquiera actividades de interés general. Por eso, aunque nos encontremos en el reino del Derecho privado, la sociedad pública o ente instrumental de que se trate deberá cumplir con los principios de mérito y capacidad para la selección y promoción de su personal, así como con los principios de publicidad y concurrencia para la contratación.

Por tanto, la pretendida huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado no ha sido tal y, en todo caso, la necesidad de servir objetivamente los intereses generales también se puede hacer en otros contextos siempre que la Administración justifique racionalmente porqué en determinados casos acude al Ordenamiento privado.

El artículo 103, para terminar el epígrafe, debe ser el precepto de cabecera de los reformadores de la Administración pública. Cuestión que, en España, todavía precisa de nuevos impulsos pues, a pesar de que todos los gobiernos han intentado mejorar el funcionamiento del aparato administrativo, la realidad, mal que nos pese, nos enseña que todavía la opinión de la ciudadanía en relación con la Administración pública dista de ser la que cabía esperar del marco constitucional y del tiempo transcurrido desde 1978.

La idea de servicio tiene mucho que ver, me parece, con la crisis fenomenológica de este concepto en un mundo en el que prima ordinariamente el éxito económico, la visualización del poder y el consumo impulsivo, que trae consigo esta especie de capitalismo insolidario que aspira a manejar como marionetas a los ciudadanos. Hoy, estar al servicio de los ciudadanos parece tantas veces algo ingenuo, que no reporta utilidad y que, por ello, es un mal que hay que soportar lo mejor que se pueda. La inversión del problema, insisto, es una cuestión cultural en la que se trabaja poco porque requiere desarrollos de largo plazo poco atractivos para el hoy y ahora en el que vive sumida una clase política que renuncia normalmente a proyectos de largo alcance. Promover el valor del servicio público como algo positivo, incardinado en el progreso de un país, como algo que merece la pena, como algo que dignifica a quien lo practica...constituyen reflexiones que se deben transmitir desde la educación en todos los ámbitos. Si estas ideas no se comparten, no sólo en la teoría, por más normas, estructuras y funcionarios que pongamos en danza estaremos perdiendo el tiempo derrochando el dinero del común. De ahí que este criterio constitucional que define la posición institucional de la Administración pública sea central en la reforma y modernización permanente de la Administración pública.

La caracterización de objetivo de ese servicio es otra nota constitucional de gran alcance que nos ayuda a encontrar un parámetro al cuál acudir para evaluar la temperatura constitucional de las reformas emprendidas. La objetividad supone, en alguna medida, la ejecución del poder con arreglo a determinados criterios encaminados a que resplandezca siempre el interés general, no el interés personal, de grupo o de facción. Lo cuál, a pesar del tiempo transcurrido desde la Constitución de 1978, no podemos decir que se encuentre en una situación óptima pues todos los gobiernos han intentado, unos más que otros, abrir los espacios de la discrecionalidad y reducir las áreas de control, por la sencilla razón de que erróneamente se piensa tantas veces que la acción de gobierno para ser eficaz debe ser liberada de cuantos más controles, mejor. Es más, existe una tendencia general en distintos países a que el gobierno vaya creando, poco a poco, estructuras y organismos paralelos a los de la Administración clásica con la finalidad de asegurarse el control de las decisiones que adoptan. En el fondo, en estos planteamientos late un principio de desconfianza ante la Administración pública que, en los países que gozan de cuerpos profesionales de servidores públicos, carece de toda lógica y justificación.

Por otra parte, no se puede olvidar que las reformas administrativas deben inscribirse en un contexto en el que la percepción ciudadana y, lo que es más importante, la realidad, trasluzcan el seguimiento, siempre y en todo caso, del interés general como tarea esencial de la Administración pública, en general, y de sus agentes, en particular. Pero interés general no entendido en las versiones unilaterales y cerradas de antaño sino desde la consideración de que el principal interés general en un Estado social y democrático dinámico reside en la efectividad del ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todos los ciudadanos, especialmente los más desfavorecidos. El aseguramiento y la garantía de que tales derechos se van a poder realizar en este marco ayuda sobremanera a calibrar el sentido y alcance del concepto del interés general en el nuevo Derecho Administrativo.

IV. LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Seguramente, desde que se abren las puertas de la Administración pública al Derecho Privado con ocasión de la prestación de forma indirecta de determinados servicios públicos, la pretendida huida del Derecho Administrativo late sobre las diferentes explicaciones que podemos encontrar en la historia de nuestra área de conocimiento.

Para unos, que pueda siquiera mentarse en el ámbito de la Administración pública el Derecho Privado, o de mercaderes, como se le tilda en ocasiones desde estas doctrinas, constituye una grave traición a los orígenes y tradición de un Derecho que ha sido, es y debe seguir siendo el Ordenamiento propio, privativo y específico de la persona jurídica Administración pública. Para otros, la eficacia y la eficiencia exigible también a la Administración pública, prácticamente ausentes de un Derecho Administrativo de corte autoritario que bascula únicamente sobre los privilegios y prerrogativas, no es congruente con lo que la sociedad espera y exige de la Administración pública.

Frente a ambas posiciones extremas, surge una nueva perspectiva, en mi opinión con base suficiente en el artículo 103 de la Constitución, según la cuál, lo determinante no es la naturaleza del Ordenamiento aplicable, sino la mejor forma de atender los intereses generales y, por ello, de garantizar los derechos de los ciudadanos. El artículo 103 se refiere a sometimiento al Derecho. Lógicamente, no dice a cual, porque no se le puede pedir nada menos que a una Constitución que tome partido en una cuestión como esta en la que los vientos del hoy tan practicado pensamiento único no auguran nada bueno, sencillamente porque esta manera de enfrentarse a las Ciencias sociales, con todos los respetos, ya pasó de moda. Por tanto, la Administración pública puede elegir el Derecho Privado. Eso sí, cuando la Administración acuda al Derecho Privado debe explicar porqué lo hace porque, evidentemente, el Derecho común sigue siendo el Derecho Administrativo.

Es bien sabido que en la década de los setenta, ochenta y noventa del siglo pasado, el descubrimiento de la eficacia, de la eficiencia, del "management", encontró en la Administración un terreno bien abonado para el florecimiento del estudio y de la práctica de los entonces modernos enfoques de la dirección por objetivos y otras tantas maneras, legítimas y positivas, de introducir en el aparato público una sana competencia y una razonable reflexión sobre la evaluación de los resultados. Esto, que objetivamente pudo haber sido un paso muy relevante en orden a realizar las reformas normativas que fuera menester, sin embargo desembocó, en alguna medida, fruto del pensamiento único, en una relativa absolutización de los objetivos a alcanzar prescindiendo, en tantas ocasiones, de los procedimientos. Lógicamente, en este contexto, la corrupción estaba servida como desgraciadamente la realidad demostró en tantos países durante los años en los que reinó sin problemas la idea de que mercado era igual a eficiencia y eficacia, y lo público sinónimo de ineficiencia e ineficacia.

Como suele ocurrir, nunca se producen los fenómenos por una sola causa, por lo que quizás se pueda afirmar que, en efecto, algo de esto puede estar detrás de la radical seducción que las bondades del mercado provocó en no pocos gestores y administradores públicos durante esta época: destierro del Derecho Administrativo, preferencia por el Derecho Privado, constitución de todo un entramado de entes públicos y sociedades públicas creadas precisamente para operar en el nuevo mundo de la eficacia y de la eficiencia. En fin, en esos años sí que se produjo una masiva huida del Derecho Administrativo con la correspondiente, a su vez, ida al Derecho Privado.

El fenómeno se manifestó, pues, en el gusto por la gestión de lo público a través de la flexibilidad y eficiencia del Derecho Privado, bien sea relajando los sistemas de control de la intervención del Estado, bien sea creando toda suerte de sociedades y entes públicos sometidos al Derecho Privado, o bien asumiendo "in toto" los paradigmas de la gestión privada para la dirección y gestión de lo público.

Por lo que se refiere a la relativización de los sistemas de control interno de la actividad administrativa, los resultados no dejan demasiadas dudas sobre el tema. Es verdad que la actividad de intervención debe reducirse a su ámbito propio, que no es desde luego el jurídico ni el político o de oportunidad, pues no pocas veces en los informes de algunos interventores se encuentran resquicios de esta forma anticuada de entender lo público. En mi caso personal, tras catorce años de experiencia en actividades de dirección pública debo manifestar que, a pesar de los pesares, los interventores con los que me he encontrado siempre han expuesto sus razones para sus informes y siempre, y esto era para mí lo más importante, siempre, si había algún error de naturaleza financiera, contable o presupuestaria, buscaban la manera de ofrecer alternativas de gestión. En cualquier caso, el dilema que tantas veces se plantea al directivo público en el marco de la tensión entre legalidad y eficacia, se resuelve no desde el pensamiento único, sino desde la complementariedad, lo que requiere no poco talento.

La proliferación de entes instrumentales para la gestión de actividades públicas con sometimiento al Derecho Privado no sólo debe entenderse como un notable aumento de influencia del Derecho Privado en lo público, que lo es, sino, sobre todo, como algo profundamente paradójico en la medida que a través de esta vía se ha producido un sobresaliente incremento de la presencia de los poderes públicos en la sociedad. Es decir, mayor intervención de los poderes públicos en la vida social con el concurso del Derecho Privado. En este sentido, puede comprenderse bien la afirmación de algunos analistas socia-

les cuando señalan que ha sido precisamente el Estado de bienestar, en su concepción clásica, quién más ha tenido que ver con la desafortunada invasión de lo privado en lo público. Claro que muchas actividades económicas que están en manos públicas debieran pasar al sector privado. Claro que es necesario un razonable proceso de simplificación y refundición normativa, y, si se quiere, un proceso de revisión de la normativa existente en muchos aspectos. Todo ello, por supuesto, sin olvidar que de lo que se trata es de que se presten mejor los servicios de interés general y que, a la vez, se promuevan los derechos de los ciudadanos.

La introducción de los sistemas de gestión privada en el ámbito público, siempre que se produzcan de manera coherente con la propia esencia y naturaleza de la gestión pública, no ofrecen mayores problemas. Es más, me atrevería a afirmar que existe un núcleo básico de la gestión y dirección de organizaciones e instituciones que es común a la dimensión privada y a la pública. Lo que, sin embargo, no siempre se tiene presente es que el ciudadano no es cliente al modo empresarial privado, que la concurrencia y transparencia tiene una caracterización singular en lo público y, sobre todo, que la selección del personal debe hacerse en un contexto de mérito y capacidad.

Por tanto, hemos de registrar un proceso de huida del Derecho Administrativo a través de diferentes caminos especialmente destacado en las décadas de los ochenta y noventa del siglo pasado. En el presente, parece que está volviendo al primer plano un nuevo Derecho Administrativo que es, en alguna medida, reacción ante los desaguisados producidos por esta alocada huida y también consecuencia de una nueva forma de aproximarse a los problemas que hoy se plantean en las Ciencias sociales.

V. NUEVAS TENDENCIAS EN LAS CIENCIAS SOCIALES

Hace unos años Michael Crozier señaló que, a su juicio, todos los procesos de reformas y modernización de la Administración pública fracasados tenían un denominador común: la escasa preocupación por el papel central en el sistema del ciudadano. Es más, quienes hemos tenido cierta experiencia en la conducción de la reforma administrativa bien podemos atestiguar la verdad de este aserto y, también, las dificultades prácticas para su cumplimiento. El ciudadano, en efecto, debe ser el centro de las reformas administrativas y, también, debe ser el centro del Derecho Administrativo desde un entendimiento equilibrado y razonable del interés general en los términos ya planteados en este trabajo.

Hasta ahora, bien lo sabemos y bien lo hemos experimentado años atrás, el papel protagonista lo tenía la propia Administración y sus fenomenales privilegios contemplados tantas veces desde la unilateralidad y desde una peculiar manera de entender el interés general. Así, no era infrecuentemente que la interpretación en cada caso de lo que deba ser el interés general se cerrara sobre el entramado burocrático expulsando cualquier posibilidad de apertura a la vitalidad de lo real. Así las cosas, hoy las modernas tendencias para el estudio y análisis de las Ciencias sociales parecen situarse en los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, lo que para el tema que ahora nos ocupa tiene, también, gran relevancia en la medida que nos ayuda igualmente a acercarnos al Derecho Administrativo sin prejuicios.

El pensamiento abierto está en las antípodas del pensamiento único, por esencia cerrado, propio de las versiones petrificadas del Derecho Administrativo que son patrocinadas desde el inmovilismo y la resistencia a los cambios que la realidad, la testaruda realidad, una y otra vez se encarga de ponernos delante de nuestros ojos. El pensamiento abierto me parece que mucho tiene que ver con una actitud metodológica de generosidad para aceptar la realidad tal y como es, sin pretender leerla desde diferentes teorías que buscan que la realidad se adapte a ellas. De ahí que un excesivo apegamiento a las teorías que tradicionalmente han explicado el sentido y alcance de muchas instituciones, hoy es probable que dificulten el entendimiento de los cambios y la presentación. Quizás, también en el Derecho Administrativo Español, como en tantas otras manifestaciones de la Ciencia jurídica sea preciso una cierta liberación de prejuicios o estereotipos propios de otras épocas y otros momentos en los que, insisto, su itinerario se asentaba sobre un modelo de Estado y sociedad bien distintos a los de hoy.

Lógicamente, el pensamiento abierto es un pensamiento plural en el que el ejercicio de la libertad del investigador, sus análisis le llevarán por el camino que sea menester, sin que la existencia de dogmas mutilen su tarea científica, siempre en el marco de las técnicas propias del Derecho Administrativo. El pluralismo es el resultado del ejercicio de la libertad de investigación y es una expresión de la vitalidad y dinamismo de la realidad. Dinamismo que, hoy por hoy, no es sólo una característica cierta del mundo en que vivimos, sino que, además y lógicamente, impregna el ambiente de las instituciones, categorías y conceptos de las Ciencias sociales, el Derecho Administrativo entre ellas. Quizás, en ocasiones ese dinamismo sea un tanto desproporcionado y, en ocasiones, de al traste con aproximaciones razonables del sentido y alcance de determinados conceptos. Es

decir, el dinamismo no justifica por sí mismo el cambio de orientación y de rumbo de la funcionalidad de numerosas instituciones del Derecho Administrativo, puesto que los cambios y reformas que contemplamos casi a diario no son ni certificados de calidad ni patentes de curso de legitimidad académica. Es más, tantas veces no son más que la expresión de una manera radical de entender los cambios, que lejos de postular, cuando proceda, determinados aspectos susceptibles de mejora, propician transformaciones radicales, hoy sin sentido. De todas maneras, es conveniente, a mi juicio, registrar que el pensamiento dinámico puede suministrar buenos caminos para entender la proyección del Derecho Administrativo sobre el mundo en que vivimos. Además, no podemos olvidar que el llamado pensamiento estático debe ser puesto en cuestión ya que, de alguna manera, las instituciones operan sobre la realidad, no sobre la abstracción, y el investigador del Derecho Administrativo debe navegar en el mundo real, sin que, por otra parte, la realidad le condicione del tal manera que pierda el sentido crítico necesario para señalar las tachas que, tantas veces, el BOE expresa como consecuencia de lo apresurado de la producción normativa de la Administración.

En España tenemos un modelo de Estado compuesto, coloquialmente denominado Estado de las Autonomías, en el que efectivamente existe una pluralidad de Administraciones con competencias propias para la gestión de sus respectivos intereses. Siendo de competencia estatal las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, dice el artículo 149.1.18 de nuestra Constitución, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas. Igualmente, es de competencia del Estado el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, así como la legislación sobre expropiación forzosa, legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas. Por tanto, a la hora de estudiar las instituciones, como se viene haciendo desde 1978, es necesario tener muy presente el contexto constitucional de forma y manera que se preserve, en el contexto de las especialidades organizativas de cada Comunidad Autónoma, el tratamiento común que se debe ofrecer a los administrados, cuya regulación, por razones obvias, se encuentra en manos del Estado.

Otra característica, a mi juicio relevante, de las nuevas tendencias observadas en las Ciencias sociales, se refiere al pensamiento compatible o complementario que, ciertamente, se encuentra en las antípodas de lo que hemos llamado pensamiento único.

Sistema que, en el caso que nos ocupa, reclama la existencia del Derecho Administrativo clásico como único Ordenamiento aplicable a cualquier relación jurídica en que tome parte la Administración pública como tal o en perspectiva instrumental. Para esta manera de contemplar la realidad administrativa, la Administración en cuanto dueña del interés general, requiere un Derecho construido para diseñar los privilegios y prerrogativas que acompañan la existencia de la Administración pública y que le permiten la gestión de los intereses generales. Desde este punto de vista, la unilateralidad del privilegio y la prerrogativa se extiende sobre todo el amplio mundo de la acción administrativa originando un conjunto de relaciones jurídicas peculiares que han tenido en la exorbitancia la nota más características. Es decir, lo importante y relevante del Derecho Administrativo en esta concepción es la Administración y sus privilegios. Sin embargo, la llegada de la Constitución y del sistema democrático a España en 1978 han abierto quiebras bien grandes en todo esta construcción de forma que, al entenderse el interés general hacia los ciudadanos, nos encontramos con que, efectivamente, el nervio que ha de discurrir por todos los conceptos, categorías e instituciones del Derecho Administrativo pasa de la prerrogativa a la garantía de los derechos de los ciudadanos, particulares o administrados. No es que se anulen, sólo faltaría, las potestades, que no prerrogativas o privilegios de la Administración, sino que precisamente esas potestades se van a justificar en la medida en que garanticen o aseguren los derechos y libertades de los ciudadanos. Por tanto el Derecho Administrativo, como ha señalado agudamente González Navarro, es el Derecho del Poder para la libertad, sintetizando certeramente el sentido del Derecho Administrativo en el marco constitucional y teniendo presente el sistema del pensamiento compatible o complementario.

Desde esta metodología del pensamiento moderno puede entenderse bien que entre conceptos que enfrentó en su día el pensamiento ideologizado, variante del pensamiento único, como público y privado, hoy, más que barreras infranqueables, encontramos puentes que ayudan a entender en clave de complementariedad dichas realidades. Es más, me atrevería a firmar que incluso el concepto moderno de libertad lleva ínsito, en su misma esencia, la idea de solidaridad.

Desde los postulados de las modernas tendencias de las Ciencias sociales encontramos nuevos caminos para buscar los espacios de equilibrio entre poder y libertad sobre los que asentar las modernas instituciones del Derecho Administrativo Constitucional. En esta tarea llevamos ya algunos años trabajando. No es fácil ni sencilla porque el peso del pasa-

do y el necesario sentido del principio de conservación y continuidad de las instituciones demandan planteamientos abiertos, plurales, dinámicos y complementarios en el marco del servicio objetivo al interés general, principal tarea que la Constitución encomienda a la Administración y que tanto tiene que ver con el Derecho Administrativo

VI. LA FUNCION GARANTIZADORA Y ASEGURADORA DE LOS PODERES PUBLICOS.

Siendo, como es, el interés general el elemento clave para explicar la funcionalidad de la Administración pública en el Estado social y democrático de Derecho, interesa ahora llamar la atención sobre la proyección que la propia Constitución atribuye a los poderes públicos.

Si leemos con detenimiento nuestra Carta Magna desde el principio hasta el final, encontraremos una serie de tareas que la Constitución encomienda a los poderes públicos y que se encuentran perfectamente expresadas en el preámbulo cuando se señala que la nación española proclama su voluntad de "proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones". Más adelante, el artículo 9.2 dispone que los poderes públicos remuevan los obstáculos que impidan el ejercicio de la libertad y la igualdad promoviendo dichos valores constitucionales. En materia de derechos fundamentales, también la Constitución, como lógica consecuencia de lo dispuesto en el artículo 10 de la Carta Magna, atribuye a los poderes públicos su aseguramiento, reconocimiento, garantía y protección. En el mismo sentido, por lo que se refiere a los principios rectores de la política económica y social, la Constitución utiliza prácticamente las mismas expresiones anteriores.

Estos datos de la Constitución nos permiten pensar que, en efecto, el Derecho Administrativo en cuanto Ordenamiento regulador del régimen de los poderes públicos tiene como espina dorsal la contemplación jurídica del poder para las libertades.

Esta función de garantía de los derechos y libertades define muy bien el sentido constitucional del Derecho Administrativo y trae consigo una manera especial de entender el ejercicio de los poderes en el Estado social y democrático de Derecho. La garantía de los derechos, lejos de patrocinar versiones reduccionistas del interés general, tiene la virtualidad de situar en el mismo plano el poder y la libertad, o si se quiere, la libertad y solidaridad como dos caras de la misma moneda. No es que, obviamente,

sean conceptos idénticos. No. Son conceptos diversos, sí, pero complementarios. Es más en el Estado social y democrático de Derecho son conceptos que deben plasmarse en la planta y esencia de todas y cada una de las instituciones, conceptos y categorías del Derecho Administrativo.

En materia de derechos fundamentales, el artículo 27.3 dispone que “los poderes públicos garantizarán el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Precepto que expresa la dimensión de la libertad educativa aplicada sobre los padres. Garantizar el ejercicio de un derecho fundamental, siguiendo el artículo 9.2 de la Carta Magna, implica una disposición activa de los poderes públicos a facilitar la libertad. Es decir, se trata de que la Administración establezca las condiciones necesarias para que esta libertad de los padres se pueda realizar con la mayor amplitud posible, lo que contrasta, y no poco, con la actividad de cierta tecnoestructura que todavía piensa que el interés general es suyo, encomendando el ejercicio de dicha libertad a órganos administrativos. Promover, proteger, facilitar, garantizar o asegurar las libertades constituye, pues, la esencia de la tarea de los poderes públicos en un Estado social y democrático de Derecho. Por ello, la actuación administrativa de los poderes públicos debe estar presidida por estos criterios.

Más intensa, todavía, es la tarea de garantía y aseguramiento de los principios rectores de la política económica y social. En este sentido, el artículo 39 de la Constitución señala en su párrafo primero que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Es decir, el conjunto de los valores y principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra la familia, deben ser garantizados por los poderes públicos, ordinariamente a través de la actividad legislativa y, sobre todo, desde la función administrativa pues la ley está para lo que está, y no se puede pedir al legislador que contemple todos los supuestos habidos y por haber. Protección de la familia, promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa (artículo 40). Garantía de un sistema público de Seguridad Social (artículo 41), protección de la salud (artículo 43), derecho al medio ambiente (artículo 45), derecho a la vivienda (artículo 47)... En todos estos supuestos se vislumbra una considerable tarea de los poderes públicos por asegurar, garantizar, proteger y promover estos principios, lo que, pensando en el Derecho Administrativo, supone un protagonismo de nuestra disciplina desde la perspectiva del Derecho del poder para la libertad, insospechados años atrás.

En este capítulo interesa llamar la atención sobre el contenido del párrafo tercero del artículo 53 de la Constitución, en materia de garantías de las libertades y derechos fundamentales: “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero (de los principios rectores de la política social y económica) informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”. Pienso que para un profesor de Derecho Administrativo no debe pasar inadvertido que dicho precepto está recogido bajo la rúbrica de la protección de los derechos fundamentales, lo cual nos permite señalar que en la tarea de promoción, aseguramiento y garantía de los principios rectores de la política social y económica, los derechos fundamentales tienen una especial funcionalidad. Es decir, la acción de los poderes públicos en estas materias debe ir orientada a que se ejerzan en las mejores condiciones posibles todos los derechos fundamentales por parte de todos los españoles.

Esta reflexión empalma perfectamente con el sentido y alcance del interés general en el Estado social y democrático de Derecho, en la medida en que, como señalé con anterioridad, hoy el interés general tiene mucho que ver con los derechos fundamentales de las personas.

Como es sabido, los derechos fundamentales “constituyen la esencia misma del régimen constitucional” (sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de febrero de 1986) y son “elementos esenciales del Ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica” (sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981). Como nervio central de la Constitución que son los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional no duda en reconocer “el destacado interés general que concurre en la protección de los derechos fundamentales” (sentencia de 16 de octubre de 1984), por lo que, lógicamente, la acción netamente administrativa de los poderes públicos debe estar orientada a que precisamente los derechos fundamentales resplandezcan en la realidad, en la cotidianeidad del quehacer administrativo.. En este sentido, una parte muy considerable del Derecho Administrativo que denomino Constitucional debe estar abierto a proyectar toda la fuerza jurídica de los derechos fundamentales sobre el entero sistema del Derecho Administrativo: sobre todos y cada uno de los conceptos, instituciones y categorías que lo conforman. Obviamente, la tarea comenzó al tiempo de la promulgación de la Constitución, pero todavía queda un largo trecho para que, en efecto, las potestades públicas se operen desde esta perspectiva. Ciertamente, las normas jurídicas son muy importantes para

luchar por un Derecho Administrativo a la altura de los tiempos, pero las normas no lo son todo: es menester que en el ejercicio ordinario de las potestades, quienes son sus titulares estén embebidos de esta lógica constitucional, pues, de lo contrario, se puede vivir en un sistema formal en el que, en realidad, pervivan hábitos y costumbres propios del pensamiento único y unilateral aplicado al interés general.

Los derechos fundamentales, como sabemos bien, han jugado un papel de primer orden en la configuración del constitucionalismo. En origen, cumplían su papel como espacios exentos a la intervención del poder, lo cuál ha sido relevante para, sobre esta formulación, construir una nueva funcionalidad desde su inserción en el Estado social y democrático de Derecho entendido desde una perspectiva dinámica. Así, además de barreras a la acción de los poderes públicos, empezaron a entenderse, también, como valores o fines directivos de la acción de los poderes públicos como bien apuntara entre nosotros Pérez Luño. Quizás, como apuntaba antes, sea la consecuencia de la interpretación del artículo 53 de la Constitución en su aplicación dinámica sobre la acción administrativa.

Ahora, cuando la Administración actúa debe tener siempre presente que forma parte de su acervo profesional la sensibilidad constitucional, por lo que debe acostumbrarse a asumir su papel de poder comprometido en la efectividad de los parámetros constitucionales, entre los que los derechos fundamentales encuentran un lugar muy destacado.

Los derechos fundamentales, ha señalado el Tribunal Constitucional desde el principio, "son los componentes estructurales básicos, tanto del orden jurídico objetivo, como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, han de informar el conjunto de la organización jurídica y política" (sentencia de 11 de abril de 1985). Es decir, informan el conjunto del Derecho Público y, por tanto, la construcción del nuevo Derecho Administrativo debe partir de su consideración, lo que trae consigo, como sabemos, la necesidad de releer y replantear tantas y tantas instituciones que, entre nosotros, se han explicado desde una perspectiva demasiado, en ocasiones, pegada a la prerrogativa y al privilegio.

En este contexto, se entiende perfectamente que el ya citado artículo 9.2 de la Constitución implique, no sólo el reconocimiento de la libertad e igualdad de las personas o de los grupos en que se integran sino que, y esto es lo relevante en este momento, demanda de los poderes públicos la tarea de facilitar el ejercicio de las libertades, lo que poco tiene que ver con una Administración que se permite,

nada más y nada menos, que interferir en el ejercicio de determinadas libertades públicas y derechos fundamentales.

Quizás algún lector podrá pensar que aquí se mantiene una posición absoluta sobre los derechos fundamentales. En modo alguno. Los derechos fundamentales, salvo el derecho a la vida, pueden estar sometidos, en determinados casos, a límites derivados del orden público, porque aunque sean muy importantes, no pueden ser el expediente para la comisión de delitos, obviamente. También pueden delimitarse por razones de interés general: es el caso, dudoso, de la propiedad inmobiliaria y el plan urbanístico. Igualmente, expropiación forzosa, puede ser que su ejercicio deba ceder ante relevantes exigencias de la denominada utilidad pública o interés social. Se puede afirmar, en este contexto, que ni el interés general, ni los derechos fundamentales son absolutos. A renglón seguido es menester matizar que lo que es absoluto, en la mejor tradición kantiana, es la persona humana, que nunca puede tener la condición de medio porque no lo es; es una realidad a la que el Derecho Público debe prestar atención para que el conjunto de la acción administrativa esté dirigida precisamente a hacer posible el ejercicio efectivo de todos los derechos fundamentales por todos los ciudadanos, especialmente los más desfavorecidos.

VII. EL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL.

El marco del Derecho Administrativo, ya lo hemos señalado, no puede ser otro que la Constitución, de manera que las instituciones, categorías y conceptos que configuran nuestra disciplina encuentran sus pilares y fundamentos en la Constitución de 1978. Pilares y fundamentos que, en mi opinión, se encuentran en el preámbulo y en los artículos 1, 2, 9, 10, 24, 31, 53 y 103.

Del preámbulo, pienso que podemos entresacar algunos conceptos jurídicos indeterminados que la soberanía nacional ha querido que quedaran para la posteridad, tales como "orden económico y social justo", "imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular", "proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones", o "asegurar a todos una digna calidad de vida". Se trata de que en el desarrollo del Derecho Administrativo moderno se tenga bien presente que la economía esta modulada por la justicia, que el principio de legalidad es columna vertebral del sistema sin que, por ello, los supuestos de deslegalización o la proliferación de reglamentos independientes produzca

una desnaturalización de la sustancia constitucional del Derecho Administrativo. Igualmente, la facultad de dictar Decretos-Leyes debe operarse de forma extraordinaria, la urgencia en las expropiaciones también debe ser excepcional y, en general, el sometimiento de la Administración a los procedimientos ordinarios establecidos en las Leyes ha de ser el supuesto normal, evitando que la urgencia trastoque el régimen ordinario de algunas instituciones (expropiación forzosa). También en el preámbulo se reconoce la protección de los derechos humanos, elemento central del Ordenamiento jurídico. Se prevé, en el mismo precepto, la protección de los pueblos de España en el ejercicio de su identidad colectiva expresada en los hechos diferenciales derivados de la lengua, la cultura, la lengua o las instituciones propias. Llama la atención que el párrafo en que se trata de los derechos humanos es el mismo que el dedicado al reconocimiento de las singularidades de los Entes autonómicos, como si el constituyente quisiera advertir la necesidad del pensamiento abierto y plural que hace compatible el derecho fundamental de la persona con los derechos derivados de las identidades colectivas. Finalmente, por lo que se refiere al preámbulo, deberemos de referirnos a esa magna tarea que la Constitución encomienda a los poderes públicos, cuál es la de asegurar a todos una dignidad de vida

Por lo que se refiere al artículo 1, debemos destacar que en él se recoge la cláusula del Estado social y democrático de Derecho que, como queda señalado, debe entenderse, desde mi punto de vista, de acuerdo con los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. De ahí que, en esta perspectiva, la tendencia del Estado a apropiarse de la sociedad a través de la interpretación unilateral y tecnoestructural del interés general, debe superarse hacia planteamientos en los que la función de los poderes públicos asuman posiciones de búsqueda compartida del propio interés general teniendo presentes cuantas instituciones sociales se encuentran comprometidas por el bienestar integral de los ciudadanos. Los tiempos de las versiones autoritarias del interés general ya han pasado y, por ello, la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, entendida desde estos parámetros encuentra su lógico desarrollo, por lo que se refiere a nuestro tema, en algunos de los preceptos que comentaré a continuación, como el 9.2 o el 53 de la Constitución.

Por lo que se refiere al artículo 9, señalar que en el párrafo primero se consagra el sometimiento pleno y total de la actividad de los poderes públicos a la Ley y al resto del Ordenamiento jurídico, eliminando cualquier vestigio que pudiera quedar de la etapa preconstitucional en relación con la existencia de espacios opacos al control judicial o exentos del

mismo, tal y como ha venido ocurriendo hasta la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con los llamados actos políticos. Sin embargo, lo más relevante a los efectos de este trabajo, se encuentra en el párrafo segundo pues establece el llamado principio promocional de los poderes públicos. Principio que tiene una dimensión positiva y otra negativa. La negativa se refiere a la remoción de obstáculos que dificulten el ejercicio de la libertad y la igualdad por los ciudadanos individualmente considerados o en los grupos en que se integren. Y la positiva alude a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”.

Ambas dimensiones, la positiva y la negativa, tienen tanta trascendencia, que, en alguna medida, puede decirse que ayudan a entender el sentido del nuevo Derecho Administrativo que la propia realidad nos muestra cotidianamente. Primero, porque el precepto encomienda al Derecho Administrativo el establecimiento de las condiciones que hagan posible la libertad y la igualdad, comprometiéndose en la promoción de dichos valores constitucionales. Y, de otra parte, el precepto establece un límite a la acción de los poderes públicos en cuanto manda a la Administración, y por ende al Derecho Administrativo, impedir u obstaculizar a las personas y grupos en que se integren el ejercicio de la libertad y la igualdad por parte de los ciudadanos. En otras palabras, el Derecho Administrativo Constitucional debe, a través de sus fuentes, facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales, singularmente la libertad y la igualdad. A la misma conclusión llegaremos a partir del artículo 53.3 de la Constitución tal y como, en algún sentido, se ha comentado ya con anterioridad.

En el artículo 10.1 encontramos una declaración solemne en la que el constituyente señala, con toda solemnidad, cuales son los fundamentos del orden político y la paz social, conceptos obviamente estrechamente vinculados a lo que puede entenderse por interés general constitucional: la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás. Por tanto, desde otra perspectiva, nos encontramos con que, efectivamente, la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales de la persona se nos presentan en el marco de lo que puede entenderse por interés general y, por ello, como componentes esenciales de un Derecho Administrativo concebido como Derecho del poder para la libertad. Quizás, así pueda comprenderse mejor el alcance de la jurisprudencia constitucional citada así como algunas afirmaciones de la doctrina científica que no han dudado en destacar el interés general en

la promoción y defensa de los derechos fundamentales de la persona.

El artículo 24. 1 de la Constitución española es, probablemente, uno de los preceptos que más incidencia ha tenido y está teniendo en la transformación del Derecho Administrativo a la Constitución. Esto es así porque un Derecho Administrativo montado sobre la autotutela necesariamente choca, y a veces frontalmente, con una disposición que reza: "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". Los términos del artículo son bien claros y requieren de la revisión de algunos dogmas del Derecho Administrativo en que se confiere a la propia Administración pública la condición simultánea de juez y parte. Ahora, la tutela más importante está radicada en los tribunales y, por otra parte, la prohibición de la indefensión nos plantea no pocos problemas con interpretaciones unilaterales de la ejecutividad y ejecutoriedad administrativa. De ahí, por ejemplo, el impacto que ha tenido este precepto en la construcción de una justicia cautelar que sitúe en un contexto de equilibrio estos principios.

El artículo 31.2 dispone " el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía". Traigo a colación este precepto porque desde el punto de vista jurídico establece algunos criterios constitucionales que están muy conectados con el funcionamiento de la Administración pública, y por ello, del Derecho Administrativo. La equidad en la asignación del gasto público trae consigo muy importantes consideraciones en toda la teoría de la planificación. En el mismo sentido, los criterios de eficiencia y economía ayudan a entender el significado de determinadas políticas públicas instrumentadas a través del Derecho Administrativo que desconocen el contenido general de estos principios o parámetros constitucionales.

Por su parte, el artículo 53.3 ya aludido anteriormente, como corolario necesario de la cláusula del Estado social de Derecho, dispone, en sede de garantías de libertades y derechos fundamentales, nada menos que los principios rectores de la política social y económica " informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos". Es decir, los poderes públicos, además de estar vinculados por los derechos fundamentales (artículo 53.1 CE) deben tener presente en su actuación los principios rectores señalados en los artículos 39 a 52 de la Constitución.

Y, finalmente, el artículo 103. 1 dice, como bien sabemos, que la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con

los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. En este precepto se encuentran, a mi juicio, los elementos centrales que deben integrar las matrices del Derecho Administrativo Constitucional: instrumentalidad, objetividad e interés general. Por lo que se refiere al sometimiento a la Ley y al Derecho; esto es, al entero sistema jurídico, es menester traer a colación lo dispuesto en el artículo 106. 1, también de la Constitución: "los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican". Así, puede decirse que, en efecto, el Derecho Administrativo bascula sobre el concepto del interés general que, además de definir esencialmente lo que debe ser la actuación administrativa, constituye, igualmente, un relevante patrón de enjuiciamiento de la función judicial en relación con la actividad administrativa. No es baladí, pues, que el interés general adquiera tal protagonismo porque, como veremos enseguida, el Derecho Comunitario Europeo acaba de alumbrar algunos nuevos conceptos rubricados con esta metodología que vienen a ser, en alguna medida, conceptos deudores de una nueva interpretación y entendimiento de lo que está empezando a ser el nuevo Derecho Administrativo.

VIII. LA VUELTA AL DERECHO ADMINISTRATIVO.

En efecto, la realidad nos está mostrando hasta qué punto hoy emerge con fuerza un nuevo Derecho Administrativo como Derecho del poder para la libertad. Sólo con situarnos en el mundo del denominado del servicio público, comprobamos el alcance y la dimensión de la eclosión de una nueva regulación que surge por la necesidad de preservar y asegurar el interés general en entornos abiertos a la libertad, antaño objeto de monopolio.

La consecuencia de los cambios viene, insisto, de la mano de la realidad y de la fuerza de la libertad solidaria en el contexto del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. Por ello, en el marco de la Unión Europea, el concepto tradicional de servicio público al que acompañan los dogmas de la titularidad pública y la exclusividad tenía poco que hacer porque el espacio europeo hoy es un espacio que no comulga ni con los monopolios ni con una consideración unilateral del interés general. Probablemente por eso, cuando se alumbró el concepto de servicio de interés general para caracterizar los nuevos servicios públicos europeos susceptibles de explotación económica, una parte significativa de la doctrina científica pensó que el cielo se nos venía encima, que había que preparar ya un digno funeral

al Derecho Administrativo y que tendríamos que defendernos con uñas y dientes frente a un invasor dispuesto a desmontar, una por una, todos los conceptos, categorías e instituciones de nuestra disciplina. Sin embargo, para sorpresa de propios y extraños, nos encontramos con una mayor regulación administrativa consecuencia de la necesidad de garantizar las denominadas obligaciones de servicio público de dichos servicios de interés general.

Lo que está pasando en este sector demuestra, a mi juicio, que estamos ante un nuevo Derecho Administrativo más sensible a la realidad y más comprometido con la libertad. En el caso europeo, es bien sabido que cuando se estaba buscando una denominación adecuada para configurar el concepto de los nuevos servicios públicos en un mundo de libre competencia, no pareció oportuno ni mantener la expresión francesa, porque ya no respondía a la realidad, ni tampoco el término anglosajón "public utilities" en la medida en que tampoco se era partidario de la regulación mínima. Se encontró un concepto que recogió la mejor de la tradición francesa y lo mejor de la tradición anglosajona y, así, desde una perspectiva de integración apareció el nuevo concepto.

Es verdad que al principio la jurisprudencia comunitaria se dejó guiar quizás por una interpretación demasiado economicista, para, más adelante, emprender un camino, espero que sin retorno, en el que el equilibrio libertad económica-interés general es la línea fundamental de interpretación.

En el Derecho Administrativo español nos encontramos, en materia de sectores regulados, además que con la existencia de Administraciones independientes encargadas de velar por la competen-

cia en el sector, con normas administrativas que establecen obligaciones de servicio público. Esto es, Derecho Administrativo para preservar el interés general.

En la medida en que se abren a la libertad espacios antes dominados por el monopolio, el Derecho Administrativo está llamado a jugar un importante papel. En la medida en que ahora la Administración, y todos los poderes públicos, tienen la misión constitucional de hacer posible la libertad y la igualdad, aparece un nuevo Derecho Administrativo. En la medida en que la autotutela administrativa ha de ser compatible con la tutela judicial cautelar, nuevo derecho Administrativo. En la medida en que la autonomía y la unidad, junto a la integración y a la solidaridad, caracterizan nuestro modelo de Estado, nuevo Derecho Administrativo. En fin, en la medida en que la acción pública ha de estar impregnada por la promoción de los derechos fundamentales y los principios rectores de la política social y económica, nuevo Derecho Administrativo.

Vuelve el Derecho Administrativo, eso sí, con nuevos contornos y perfiles, con un nuevo colorido que deriva de la Constitución española y europea. La huida del Derecho Administrativo de décadas atrás pasó a la historia porque incluso cuando aparece el Derecho Privado como Ordenamiento al que se sujeta la Administración, hay materias que mantienen su dependencia de los principios básicos de lo público tal como la selección del personal y la contratación.

Sí, nuevo Derecho Administrativo, pero desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

- *Recopilación jurisprudencial. Sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 621 de 16 de setiembre de 1991, N° 98 de 8 de marzo de 1999 y N° 497 de 14 de junio de 2000, y sentencias de la Suprema Corte de Justicia N° 42 de 30 de setiembre de 1993, N° 2 de 1° de febrero de 1996, N° 161 de 15 de agosto de 2001, N° 210 de 29 de julio de 2002 y N° 152 de 21 de marzo de 2003*
- **Delpiano, Héctor** - *“La razonabilidad como parámetro de decisión en los fallos jurisdiccionales”*

RECOPIACION JURISPRUDENCIAL*

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Nº 621, de 16 de setiembre de 1991

Que a juicio del Tribunal, la resolución Nº 5313/88 impugnada concedió a la actora una autorización para levantar una torre metálica calada en un precio de su propiedad, sujeta a determinadas condiciones que no surgen de reglamentación alguna, puesto que como lo establece la Administración en el único considerando de aquélla, no existe una regulación para ese tipo de "implantaciones".

De esas condiciones, algunas deben considerarse razonables y ajustadas a los derechos de controlar que la Policía de la Edificación confiere a la Intendencia, como la presentación del plano de permiso de construcción, del cálculo de estructura y de la memoria constructiva de la torre suscrita por profesional habilitado; la agregación de un informe técnico que demuestre que la obra no habrá de producir efectos perjudiciales para los habitantes de área y la presentación de un proyecto de fraccionamiento del precio, que permita la construcción de un edificio sobre la Avda. 18 de Julio.

(...)

Es cierto que la Administración tiene discrecionalidad para decidir sobre la oportunidad o conveniencia del acto y su legalidad. Pero la discrecionalidad nunca puede llegar a convertirse en arbitrariedad.

"Mientras la administración ejerza racionalmente sus poderes discrecionales, dentro de los límites que fija el derecho, sus decisiones serán lícitas y no podrán ser anuladas en vía jurisdiccional...".

LA RAZONABILIDAD COMO PARAMETRO DE DECISION EN LOS FALLOS JURISDICCIONALES

I. INTRODUCCION

1. Los estudios jurídicos, tanto doctrinarios como jurisprudenciales, y aún las elaboraciones legislativas, denotan una evolución, pausada pero constante, en dirección a la aplicación de conceptos que van más allá de la letra escrita, revelándose de tal forma un corrimiento desde la aplicación positivista de la normativa, drásticamente ceñida al texto exacto de la norma (interpretaciones de aquel mediante) hacia la consideración del derecho como más que sólo texto escrito¹.

* La presente recopilación de jurisprudencia, proveniente de los más altos órganos jurisdiccionales de nuestro país, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la Suprema Corte de Justicia, se encuentra organizada orgánicamente, como se ha señalado, y cronológicamente desde la más antigua hacia la más reciente. Constituye tan sólo un muestreo, no pretendiendo que la nómina agote las sentencias que sobre la especie conciernen al trabajo que sigue. En todos los casos, solamente se han transcritos los tramos de los Considerandos que reportan interés en lo que hace relación al objeto de consideración, resaltándose aquellas oraciones de especial interés.

¹ En el orden legislativo es relevante en tal sentido la norma prevista por el lit. a) del art. 23 del Decreto Ley 15.524 de fecha 9 de enero de 1984, en tanto que considera regla de derecho, entre otras a los principios de derecho, que, como surge de la norma del art. 72 de la Constitución de la República, pueden o no encontrarse por escrito.

“Una primera limitación, de carácter general pero de relevante interés tratándose de actos discrecionales, surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa. Los poderes discrecionales no se ejercen caprichosamente, ni para satisfacer fines personales, sino por motivos de interés público, es decir, por razones atinentes al servicio. Por lo tanto, si media un fin extraño, el acto es ilícito y cabe su anulación jurisdiccional” (Sayagués Laso: “Tratado...”, T. I, págs. 408 y 409).

En ausencia de una reglamentación sobre el particular, la Intendencia tenía discrecionalidad para decidir, pero siempre que actuara racionalmente, esto es, ejerciendo su poder de contralor conforme a los intereses generales y evitando imponer condiciones imposibles, por motivos ajenos al cumplimiento de su función de policía de la edificación.

En tal categoría de condiciones imposibles, se hallan la impuesta en el lit. d) del art. 1º de la resolución, que imponía a la actora eliminar la antena del Palacio Salvo y el art. 2º, que disponía que el propietario del precio que resultara del fraccionamiento dispuesto en el lit. c) del art. 1º, debía exigir en un plazo no mayor de 3 años, un edificio sumamente condicionado sobre la Avda. 18 de Julio.

Aparecen en principio como de cumplimiento jurídico imposible, la obligación impuesta a la actora de retirar una antena que no le pertenece, puesto que es de propiedad de M. C. TV C. 4, lo que la obligaría a realizar un acto de disposición sobre un bien ajeno.

Algo similar ocurre con la obligación que le impone el art. 2º de la resolución de hacer que el propietario de la fracción en cuestión (un tercero) construya en la misma un edificio de “altura máxima reglamentaria”, que como surge además de la prueba oportunamente aportada, importaría una inversión multimillonaria.

Según el art. 1238 del C. Civil, los hechos objeto de las obligaciones han de ser posibles, por lo que debe considerarse que es inválido el acto que tenga un contenido materialmente imposible (cf. Héctor Giorgi: “Invalidez del Acto Administrativo que impone obligaciones de cumplimiento imposible”, en “Escritos Jurídicos”, 1976, pág. 257 y sigtes.).

Nº 98, de 8 de marzo de 1999

En el caso, si bien el acto ha sido fundado, esa fundamentación carece de razonabilidad técnica lo cual le vicia en forma tal que o le permite subsistir. La fundamentación no constituye un recaudo de la legitimidad, sino que es la legalidad del acto administrativo, pues justifica el cumplimiento

2. Así pues, los diversos operadores del derecho, en sus sendas y respectivas producciones intelectuales, hacen ya, y cada vez más habitual e intensamente, acopio de principios generales de derecho y de conceptos jurídicos indeterminados.

3. Respecto de los primeros, no siendo ellos el objeto de este trabajo y existiendo abundante doctrina sobre los mismos, su análisis quedará naturalmente relegado, haciendo si consideración sobre los segundos, y entre ellos especialmente el de razonabilidad.

4. El concepto jurídico indeterminado de razonabilidad, también referido ocasionalmente como principio de razonabilidad, usual y tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en materia de potestad sancionatoria a la hora de determinar la adecuación de la sanción a la falta, o en materia de discrecionalidad, y por la Suprema Corte de Justicia al momento de tener que determinar el alcance de ciertas acciones propias del obrar humano en distintos ámbitos de actividad.

5. Se aprecia ahora más recientemente que ha comenzado a hacerse acopio del ya señalado concepto de razonabilidad a la hora de juzgarse las situaciones más variadas y que exceden a las típicas ya indicadas, y tan diversas como las situaciones puestas en juzgamiento de los órganos jurisdiccionales.

Se presenta así el de razonabilidad, como un concepto con amplio potencial para la valoración de cuestiones litigiosas de la más variada índole, proveyendo de un factor más de arriba a la justicia² en términos

² Eduardo J. COUTURE, Los Mandamientos del Abogado, ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 35 ss., en donde el ilustre maestro expresaba: “Tu deber es luchar por el derecho; pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia” (4º mandamiento del abogado: Lucha).

de los elementos normativos de los valores de apreciación sobre el mérito y la razonabilidad (Cf.: FERNÁNDEZ VAZQUEZ, Emilio, en su *Diccionario de D. Público*). Quien agrega además, en términos compartibles "...que la motivación no sólo tiene por finalidad conocer con mayor certeza y exactitud la voluntad que se manifiesta en el acto administrativo, sino hacer posible su control o fiscalización, estableciendo la necesaria relación de causalidad entre los antecedentes de hecho, el derecho aplicable y la decisión adoptada (ob. cit. pág. 506-507).

(...)

"La discrecionalidad es una facultad de la Administración para asegurar eficazmente los medios utilizables para conseguir un fin y adquiere relevancia jurídica cuando el administrador quiere custodiar cabalmente los intereses públicos encomendados a su tutela".

Es, en cierto modo, una herramienta jurídica que se entrega al administrador para que su gestión pueda responder a las necesidades de cada momento. Pero, "discrecionalidad" no es sinónimo de "arbitrariedad". Por ello "al ejercer las facultades discrecionales la Administración no puede decidir y actuar caprichosamente porque en definitiva —señala Sayagués Laso— la discrecionalidad es sólo la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa dentro de lo razonable...".

Cuando esa razonabilidad se pierde, el acto se convierte en arbitrario y, por ende, en anulable.

Se ha sostenido que "arbitrario" es lo irrazonable o injusto, por oposición a lo razonable, lo justo, proporcionado, equitativo. La arbitrariedad, como concepto, constituye una distorsión del proceso, del juicio de razón que puede incidir sobre los distintos elementos del acto administrativo. La arbitrariedad se da cuando existe un desajuste en el proceso del juicio de razón entre sus elementos (prueba-norma-decisión).

Nº 497, de 14 de junio de 2000

Valorada la prueba diligenciada en su contexto, queda de manifiesto que la resolución cuestionada no resulta estar inspirada en razones de servicio, sino todo lo contrario, motivada en fines extraños al normal, correcto y racional cumplimiento del servicio, por más que mediante una fundamentación flexible y laxa se pretenda encubrir la sustitución de un funcionario técnico de jerarquía por otro de menos antigüedad, idoneidad y experiencia: esto significa que el acto carece de razonabilidad técnica lo cual le vicia de forma tal que no le permite subsistir.

generales y a la equidad como la justicia del caso concreto.³

6. Es así que de la consideración de una serie de sentencias emergentes de los mencionados altos órganos jurisdiccionales, cuyos principales párrafos, en lo que hace vinculación al tema de este trabajo, revelan este criterio aplicativo de la razonabilidad, a cuya lectura se hace obligada remisión a los efectos de complementar la comprensión de este trabajo.

II. UNA CUESTION CONCEPTUAL

1. Tratándose el presente estudio, como se señaló, de la consideración de un concepto jurídico indeterminado, y específicamente el de razonabilidad, cabe en primer término realizar alguna precisión terminológica y conceptual.

³ Luis LEGAZ Y LACAMBRA, Introducción a la Ciencia del Derecho, p.443 y 435, cit. por Miguel S. MARIENHOFF, Tratado de Derecho Administrativo, T. I, Primera edición, tercera reimpresión, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1970, p. 297: "La equidad es la justicia del caso concreto", y antes transcribiendo el texto de origen y referido a Aristóteles "lo equitativo no es para el filósofo griego algo distinto por esencia de la justicia, sino una misma cosa con ella; la equidad no sustituye ni corrige a la justicia, sino que es la misma justicia que corrige la injusticia que se comete en el caso particular, cuando sólo se le considera bajo el esquema genérico y abstracto de la norma general" ... "Los romanos vieron en la equidad —a la que apelaron ampliamente como fuente del derecho— una dulcificación del rigor de la justicia por la misericordia".

Al usar el funcionario los poderes de que está investido en forma claramente arbitraria y no con los fines de interés del servicio —un interés general y no personal— se incurre en exceso o desviación de poder (art. 309 de la Constitución; cf. SAYAGÜES LASO, Tratado, T. I, págs. 409/411).

La fundamentación del acto no constituye un recaudo de la legitimidad, sino que es la legalidad del acto administrativo pues justifica el cumplimiento de los elementos normativos y de los valores de apreciación sobre el mérito y la razonabilidad (FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Emilio en su Diccionario de Derecho Público).

En el caso que se analiza, el acto impugnado fue emitido formalmente dentro de la competencia y los límites del poder del Jeraarca, pero sirviendo a fines distintos de los establecidos por la ley o sus reglamentaciones, distintos de los propios del poder que se ejerce; y el acto administrativo que adolece de este vicio es nulo por falta de uno de los elementos esenciales, cual es “el fin” propio del servicio (desviación de poder).

En la doctrina argentina, entre ellos LINARES, señala que en estos casos, cuando para fundamentar el acto se buscan fórmulas elásticas el incumplimiento es vicio de ilegitimidad por irrazonabilidad (FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, ob. cit., pág. 234).

SENTENCIAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Nº 42, de 30 de setiembre de 1993

Del mismo modo, se acepta y se mantiene el criterio de que es potestad de la Corporación, aplicar reglas de razonabilidad cuando juzga si el motivo justificativo de la Ley, está o no basado en el concepto de interés general. Ya la consagraba el ilustre maestro Justino Jiménez de Aréchaga, al enseñar que “... se ha admitido, además, la posibilidad de que Suprema Corte, en los procedimientos de contralor de constitucionalidad, revise la razonabilidad de ese juicio formulado acerca de las conveniencias del interés general” (La Constitución Nacional, edición de la Cámara de Senadores, 1992, t. 1, pág. 226).

Esto es, razonabilidad del motivo invocado por el legislador, para limitar esos derechos, en función del “interés general” y no, en cambio, razonabilidad u oportunidad de la legislación misma.

2. En primer lugar debe tenerse presente que se trata, el de razonabilidad, de un concepto jurídico. Es decir, un término que, cargado de contenido, revela un significado coherente en el ámbito del derecho.

Pero se ha dicho también que este concepto jurídico reviste la nota de su indeterminación.

Ello significa que ese contenido que revela el término utilizado no está, al menos desde el punto de vista jurídico, dotado de especificidad y alcance. Vale decir, que su determinación desde todo punto de vista (cualitativo, cuantitativo, temporal, subjetivo, etc.), solamente será alcanzada cuando se contraste por su aplicador con una determinada realidad y a la luz de un marco normativo, siendo aquel (el decisor en la especie que nos convoca) quien llenará de contenido a aquel concepto, determinándolo en su aplicación, para la circunstancia concreta.

Como ejemplos clásicos de conceptos jurídicos indeterminados pueden citarse también, y entre otros, los de buena fe, justo precio, buen padre de familia, buena administración, eficacia, eficiencia, interés general.

3. Ahora, enmarcada que ya ha sido la primera porción del término objeto de estudio, corresponde referir a la segunda, es decir, el alcance del término razonabilidad.

El diccionario⁴ expresa que lo razonable es lo justo, regular, conforme a la razón; y a su vez que la razón es la facultad de discurrir, el acto de discutir, y también argumento, prueba, motivo, causa, orden, justicia, equidad; como se ve, todas expresiones relativas al quehacer jurisdiccional.

⁴ Diccionario de la lengua española Mayfe, editorial Mayfe S.A., Madrid, España, 1970; y Diccionario de la lengua española Aristos, editorial Ramón Sopena S.A., Barcelona, España, 1974.

Sin duda, no es posible apreciar el mérito, conveniencia o desacierto legislativo. Como lo ha sostenido la Corporación, con otra integración, pero en expresiones que se revalidan, "La Corte juzga no el mérito o desacierto legislativo, sino tan solo si la Ley es o no constitucionalmente válida. La norma legal, que dentro de su competencia constitucional dispone una solución equivocada, errónea, desacertada, respecto al punto que regula, será una mala Ley, pero no por ello es inconstitucional" (sentencias Nos. 21/81, 62/82 y 10/89, entre otras). O sea, el juzgador - en el caso del derecho patrio, la Suprema Corte -, no se sustituye al legislador y se coloca en su posición de generar normas de carácter general, contemplando los criterios de justicia o conveniencia que deben presidir su actuación, posición que no le corresponde: simplemente controla la razonabilidad de los motivos fundantes de su misma actuación.

Y, naturalmente, que el principio de igualdad no impide que se legisle para clases o grupos de personas, siempre que éstos se constituyan justa y racionalmente. Tal como explica Recasens Siches, "... los hombres deben ser tratados igualmente por el Derecho respecto de aquello que es esencialmente igual en todos ellos, a saber: en la dignidad personal, y en los corolarios de ésta, es decir, en los derechos fundamentales o esenciales que todo ser humano debe tener. Y resulta que, en cambio, deben ser tratados desigualmente en lo que atañe a las desigualdades que la justicia exige tomar en consideración" (Filosofía del Derecho, pág. 590). De ahí, como lo recuerda el ilustrado constitucionalista nacional citado, la jurisprudencia norteamericana, haya sustentado que "... ningún acto legislativo es válido si afecta claramente el principio de la igualdad de derechos garantizados por la Declaración de derechos", pero que el mismo no se opone a que se legisle para grupos o clases de personas, a condición de que "... todos los comprendidos en el grupo sean igualmente alcanzados por la norma" y que la "determinación de la clase sea razonable, no injusta, o caprichosa, o arbitraria, sino fundada en una real distinción" (op. cit. pág. 367).

Es que, si todas —o casi todas— las Leyes discriminan, debe saberse cual ha de ser el criterio o la pauta que corresponde manejar por el juzgador de la constitucionalidad, para no inmiscuirse en la propia tarea legislativa. Y ésta es o debe ser el de la razonabilidad de los motivos invocados por el legislador, es decir, el de que las clasificaciones legales no creen "clases sospechosas", motivantes de una "discriminación perversa" y por ello mismo, contraria a la normativa superior. (Cf. Edward S. Corwin, La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual, pág. 630). No debe existir un propósito arbitrario, hostil y que determine la formación de grupos o

Por lo tanto lo razonable conlleva la realización de un juicio de valor, actividad del intelecto fácilmente contrastable con la labor del juez, actividad racional que, revelándose como tarea de decisión, va más allá de la sola determinación del estricto ajustamiento del marco normativo a una situación dada, tal cual como si se quisiera superponer dos figuras geométricas para establecer su correspondencia entre sí.

4. Aunque parezca excesiva la aclaración, parece prudente tener en cuenta que el concepto manejado nada tiene que ver con la razón de las cosas, es decir, con el motivo o la causa, los que constituyen conceptos absolutamente diversos del aquel al que se atiende ahora, siendo éstos los que determinan cierta acción o evento, mientras que la razonabilidad se encuentra referida a la valoración de los medios puestos para alcanzar los actos o hechos que a la postre, y sólo eventualmente, podrán verse sometidos a la jurisdicción.

III. COMO SE REVELA LA RAZONABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA

1. Como puede apreciarse de la lectura de los tramos transcritos de las sentencias respectivamente citadas, dispuestos antecediendo a este trabajo, lo razonable o racional, respondiendo a la denominación de criterio de razonabilidad o principio de razonabilidad, se presenta como un plus en la valoración de la regularidad jurídica de los actos y hechos.

2. Este plus se manifiesta como la justa valoración de los actos o situaciones puestos a consideración del tribunal, a la luz del marco normativo, pero no limitándose a la mecánica atribución de correlación de éste a aquellos.

clases sin un sentido de razonabilidad, en ese supuesto permitido por la misma desigualdad en que se encuentran, pues de otra forma, al mantenerse y no ser corregida, se transformaría en un ataque al propio principio de igualdad consagrado constitucionalmente.

De ahí, sobre esos parámetros, corresponde ingresar al análisis de los motivos invocados por la excepcionante. En el sentido de atribuir a los artículos que enumerara, ser vulneradores de los textos superiores que igualmente, indicara (fs. 36 vto. y 37).

En primer término, no se violenta el principio de igualdad. No obstante lo afirmado por la parte excepcionante, la que fundó largamente esta línea de razonamiento. Aludiendo a que en la Ley existiría desigualdad en el tratamiento de deudores, pues hubo quienes procedieron a pagar sus deudas, resultando que lo habrían hecho por “ingenuidad” y otros que ahora resultan amparados por las nuevas disposiciones que cuestiona; que la Ley habla de “acreedores comprendidos” y les aplica una misma solución legal, no distinguiendo las diferentes situaciones desiguales en la que se encuentran, por lo que no los trata como grupos; sostiene igualmente que la Ley no tomó en cuenta que en la situación global de los contratantes, las figuras de acreedor y deudor se entrecruzan y que por ese hecho todos se vieron alcanzados por sus efectos, habida cuenta de ser de la misma esencia del negocio bancario el intermediar, captando depósitos, por un lado y, otorgando créditos, por el otro. Por ello, siguiendo el hilo conductor que preside sus desarrollos, afirma que los deudores de las entidades bancarias, pagarían solamente una muy reducida parte de la deuda total, en cambio los acreedores de ellos y también deudores en otras relaciones, sufrirían los impactos del problema económico que afectó —de la misma manera— a ambos. Además, la Ley no establece distingo alguno entre deudores solventes e insolventes, viables o inviables, por lo que lejos de consagrar el principio de igualdad, lo viola, al otorgar un mismo tratamiento a situaciones notoriamente desiguales, con criterios aplicados sin la necesaria razonabilidad fáctica.

Para la Suprema Corte, los arts. 1, 2 y 5 de la Ley No. 16.243, no violan el principio de igualdad de las personas ante la Ley. Ya que en la medida en que importa, como ya se ha dicho, se ha consagrado “... la prohibición de que se establezcan fueros o Leyes especiales para determinadas personas, salvo las que la propia Constitución instituyera, y equivale a decir que todas las personas deben recibir igual protección de parte de la Ley. Lo que no impide que se legisle para clases o grupos de personas siempre que éstos se constituyan justa y racionalmente (v. Jiménez de

3. La labor intelectual del juez alcanza a la intención, manifiesta o no, tanto del hacedor (del acto o del evento) al obrar, como del normador al establecer el marco de juridicidad.

4. Habida cuenta del carácter instrumental del derecho, como medio para coadyuvar en la convivencia humana, y siendo ésta y el individuo como partícipe en la misma a quienes va orientada la actividad jurisdiccional, el ordenamiento jurídico debe ser valorado y aplicado en relación y contextualmente a la actividad humana.

5. Como enseñaba el maestro COUTURE,⁵ cuando se encuentre en conflicto el derecho y la justicia, debe lucharse por la justicia.

Por ello, muchas veces, la aplicación fría y contundente de la norma al caso, no hace más que generar una injusticia. Esto no significa que el derecho sea necesariamente mal aplicado, sino que la rigidez del texto normativo puede traducirse en insatisfacción total o parcial de la pretensión en virtud del relativo alejamiento de la solución a la realidad que determinó su aplicación mediante un fallo.

6. La atención razonable a las particulares y reales circunstancias del caso, muchas veces no necesariamente apreciables, aún prueba mediante, sin la aplicación de los criterios que la razón del juez inserta en las circunstancias del caso, puede determinar un juzgamiento inadecuado de la situación.

7. Bien sabido es que el derecho se integra por normas que van más allá que la sola letra escrita.

⁵ COUTURE, op. cit.

Aréchaga, *La Constitución Nacional*, t. 2, pág. 157 - 158)" (Sentencia No. 51/86; Cf. sentencias Nos. 87/70, 13/74, 152/91, entre otras).

Desde que y como también lo ha señalado la Corporación en forma categórica, "...al apreciarse en el caso la constitucionalidad o inconstitucionalidad, de las dos disposiciones legales atacadas, la Corte deberá limitarse a constatar si en concreto se han observado por el legislador las razones de interés general requeridas por la Constitución", concluyendo —con la Comisión de la Convención Constituyente— que ese no solamente debe ser el motivo justificativo de la Ley, sino que debe ser también una base para que el órgano juzgador, la aprecie (Sentencia No. 152/91; Cf. 133/63). O sea, se puede sí, inquirir acerca del motivo fundante de ese interés general, pero sin incursionar acerca de la justicia o injusticia de la Ley, sobre su conveniencia o inconveniencia en un momento determinado de la evolución del país, pues esos factores hacen al mérito, ajenos al quehacer jurisdiccional.

Se podrá hablar de la razonabilidad de la Ley, aunque referido a los motivos que permitieron hacer consideraciones de interés general, pero no, en cambio, vinculándose a las razones de oportunidad o conveniencia, propios del mérito, de su dictado como norma abarcadora de la conducta de una determinada generalidad de personas. Se insiste, "El sentido del art. 8 es el de evitar privilegios discriminatorios: impedir el desigual tratamiento de personas que se encuentran en igualdad de condiciones. Lo que no obsta a establecer diferencias entre unos y otros grupos sociales" (Sentencias Nos. 87/70 y 13/74, para citar algunos ejemplos). En otros términos, "evitar que se trate desigualmente a los iguales, haciendo discriminaciones arbitrarias y otorgando a unos, privilegios que se niegan a los demás" (Sentencia No. 165/66). O, lo que es lo mismo, crear a través de la norma, desigualdades que chocan al sentido común y conforman una "discriminación per-versa" ajena al criterio de igualación de aquellos que se encuentran en una misma posición.

Entonces, en la especie, parece claro que no se desconoció el principio de igualdad, en tanto no se benefició con el régimen de refinanciación de deudas a una o más empresas determinadas, sino a una amplia categoría - formada racionalmente —de esas mismas empresas— agropecuarias, industriales, comerciales y de servicios que contrajeron deudas vinculadas al giro normal de sus negocios con instituciones del sistema financiero público y privado, con anterioridad al 30 de junio de 1983 - lo que impide se hable de discriminación o de desigualdades odiosas.

Así, los principios generales de derecho⁶ constituyen parte fundamental del acervo jurídico positivo que regulan las situaciones jurídicas en igualdad de condiciones que la letra puesta en tinta sobre papel.^{7 8}

Ello porque su virtualidad jurídica normativa es tal como la de ésta, y aún superior, poseyendo rango supraconstitucional en muchos de los casos.^{9 10}

8. Pero la realidad de la convivencia social, y la necesaria aplicación de las muchas veces rígidas normas jurídicas (escritas o no), han puesto a los operadores del derecho en la necesaria posición de reconocer la existencia de múltiples factores que excediendo al texto normativo, se encuentran ínsitos en su razón de ser.

Es así que, entre esos factores se presentan los conceptos jurídicos indeterminados, elementos normativos cuyo alcance y contenido deben ser establecidos por el aplicador del derecho atendiendo a las particulares y peculiares circunstancias que rodean la situación en cuestión.

9. Por ello, un mismo concepto —por definición carente de determinación— podrá ser de recibo en múltiples situaciones diferentes.

⁶ Téngase presente que el de razonabilidad es muchas veces citado como principio en las sentencias que lo tratan, por ejemplo la Sentencia N° 161/2001 de la S.C.J., mientras que en otras se lo cita como criterio, así en la Sentencia N° 152/2003 del mismo órgano.

⁷ Constitución de la República, art. 72.

⁸ Héctor BARBE PEREZ, Alberto Ramón REAL, Juan Pablo CAJARVILLE y Daniel Hugo MARTINS, *Los principios Generales de Derecho en el Derecho Uruguayo y Comparado*, ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1ª edición, Montevideo, Uruguay, junio de 2001.

⁹ Constitución de la República, art. 72 cit. y art. 332.

¹⁰ Alberto Ramón REAL, *Los principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya*, 2ª ed., Montevideo, Uruguay, 1965.

La categorización de los deudores en franjas, atendiendo a los indicadores que establece la Ley, no aparece tampoco como contraria a la igualdad, tratándose de grupos racionalmente constituidos. Da un tratamiento igualitario a quienes son iguales y, por el contrario, coloca en posición desigual a quienes del mismo modo lo están. No es lo mismo, por ejemplo, empresas que explotan campos de extensión diferente, que tienen un número de empleados diverso y presentan deudas de distinto monto (art. 5). Si cambian los parámetros, es lícito y racional que los grupos sean diferentes y tengan un tratamiento que varíe.

Además, nada autoriza a exigir —como lo hace el excepcionante— que la Ley impugnada regulara en la misma forma la situación de las entidades bancarias, las que obviamente se encontraban en una situación disímil a la de las empresas deudoras antes mencionadas. Ya que, como lo destaca el Sr. Fiscal de Corte, no puede olvidarse, como parece ocurrirle a aquella, varias de las instituciones bancarias acreedoras, fueron “... asistidas financieramente por el Estado con enormes desembolsos (que les permitieron lograr) solucionar sus problemas, de manera que se encuentran hoy en posición muy distinta a la de sus deudores de aquella época” (f. 92).

No es inadecuado no se haga la distinción entre deudores solventes e insolventes, como lo hizo anterior legislación sobre tema similar (Ley No. 15.786, art. 4). Apenas se advierta que, en principio, aquellos que eran solventes y no merecieron el amparo legal, se supone que si luego cayeron en cesación de pagos o en estado de insolvencia, no fue como consecuencia de una cierta política económico-financiera que se demostró ineficaz. En todo caso, se debe a la evolución propia del giro de cada una de las empresas y ahí sí, el riesgo debe ser de cuenta de cada uno.

Esto es, la Ley ha consultado el interés general, el bienestar general o bien común —como lo denominan otras tendencias modernas— en el entendido que éste requiere la adecuada protección por el derecho de un conjunto de valores éticos y políticos de diversa naturaleza, pero todos los cuales hacen relación con las exigencias de la vida social. Y la protección de ciertos deudores, hacía a la propia vida de la sociedad, para que la misma funcionara acorde con esos propósitos de la generalidad, sin que por ello, entonces, se caiga en discriminaciones odiosas o perversas, éstas sí, contrarias al principio esencial de la igualdad.

Tampoco, en otro sentido, se vulnera el derecho de propiedad. Como pretende el excepcionante, cuando dice: “... resulta claro que la Ley No. 16.243 produce una privación indebida del derecho

Sólo la yuxtaposición —haciendo un símil geométrico— entre concepto jurídico indeterminado y situación a la que él le será de aplicación, será la que le dará el respectivo contenido.

Así, y a vía de ejemplo, la “buena fe”, tal vez uno de los más antiguos conceptos jurídicos indeterminados de los que hizo uso el hombre, ajustará su alcance y contenido según se trate la situación y los sujetos involucrados, pudiendo alcanzar diferentes interpretaciones en orden a la variación de los indicados factores.

Lo mismo ocurre con los demás conceptos jurídicos indeterminados ya citados y los demás que puedan corresponder a cada caso.

10. Ello ha enriquecido notablemente el alcance de la justicia de los fallos jurisprudenciales.

Su aplicación posibilita una más acertada ponderación de las circunstancias del caso.

El jurista —particularmente el magistrado— que hace acopio del concepto de razonabilidad al momento de adoptar una decisión, evita el proceso que lo lleva a atribuir soluciones, de alguna forma predeterminadas, ante ciertas situaciones, en razón del texto normativo que así lo dispone.

Por lo tanto, no siendo todas las situaciones iguales, la aplicación casi mecánica de la letra de la norma al caso, puede tornarse en injusticia.

11. Para evitar ello, y atendiendo a la citada máxima del maestro COUTURE, los magistrados han pretendido siempre buscar su allegamiento a la justicia cuando encuentran a ésta en conflicto con el derecho.

12. Es por ello que —como lo adelantáramos supra— en la jurisprudencia nacional de los más altos órganos jurisdiccionales, se ha revelado la necesidad de ponderar los efectos de las normas en relación a las circunstancias a las que debe aplicarse el derecho.

de propiedad de mi representada, sobre los créditos correspondientes a los demandados en este proceso, sin cumplir con los requisitos y garantías establecidos por el art. 32 de la Constitución...” (f. 40 vto.). Habiendo agregado más adelante enfatizando en su posición, luego de reiterar conceptos similares, que “Las disposiciones impugnadas establecen quita total de intereses (art. 3), bonificación de los pagos realizados (art. 4), quita hasta del 90% del capital prestado (art. 6), bonificación por pago al contado (art. 7), quita del 90% de los honorarios profesionales trasladables (art. 8) y quita del saldo remanente del deudor insolvente (art. 15)”, para concluir afirmando: “Estas quitas de capital, intereses y honorarios trasladables determinan que determinados deudores puedan verse liberados de sus obligaciones con un pago equivalente al entre 2% a 3% del valor del préstamo originariamente recibido” (f. 44 vto.).

Según lo entiende la Corporación, la Ley impugnada no desconoce el derecho de propiedad del Banco actor y ahora excepcionante, ya que no lo priva de ningún derecho de dominio; y es claro que no existe expropiación, al no pasar al patrimonio estatal ningún bien de propiedad privada.

El art. 32 de la Carta, como se postula en la sentencia No. 10/90, tiene un doble alcance. Dice que la propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las Leyes que se establecieren por razones de interés general. Es decir, reconoce lo que se llama la doctrina “función social de la propiedad”. Y, además, en un segundo plano, refiere en exclusividad a la transferencia impuesta, no consentida, de la propiedad privada a favor del Estado, en su acepción más amplia.

Parece claro que en la especie, las normas contenidas en la Ley impugnada, no privan a la excepcionante de ningún derecho de dominio, sino que en todo caso afectarían la relación crediticia entre ella y su cliente. Debiéndose recordar que, como bien lo expresa sentencia dictada con otra integración, pero en términos que se comparten, “... el acreedor no es propietario de un derecho, es titular de un derecho, que consiste en estar habilitado para exigir cierta prestación de un deudor determinado. Como propietario, el dominio opera ante y contra todos; como acreedor el derecho sólo actúa ante el obligado. Ello marca la diferencia entre ambos conceptos, cuya asimilación deriva de la utilización, por comodidad, de un léxico no técnico, sino de mera utilidad en la comunicación del pensamiento”. De ahí, se haya concluido: “De lo contrario no existirían derechos obligacionales, sino exclusivamente objetos de dominio, pues los créditos, como vínculos legales

De tal forma, la razonabilidad permite determinar, en forma más exacta y sopesada, el ajustamiento del precepto al caso según las reales, particulares y peculiares circunstancias en que las situaciones objeto de juzgamiento se han producido.

13. Condiéndose con la racional naturaleza humana, el sometimiento de las circunstancias al cotejo de la razón, discerniendo sobre todos los factores que hacen a un caso, más allá del relativamente simple cotejo de regularidad jurídica como encaje de las piezas de la realidad en el tablero normativo (aspecto bidimensional del juzgamiento), la evaluación de los parámetros humanos que conducen a la adopción de determinadas conductas, valorándolas, si bien en conjunción con el marco normativo que contribuye al bienestar de la convivencia social, también a la luz de los criterios a los que los seres humanos someten su actuar en cada momento, le da al juzgamiento un aspecto tridimensional.

Este múltiple sopeso de factores circunstanciales: jurídicos y humanos, es lo que hace a la razonabilidad como criterio valorativo, y permite que ésta potencie la eficacia y justicia del juzgamiento.

Todo ello independientemente de la licitud del evento o acto en juzgamiento, ya que si bien los mismos pueden encontrarse perfectamente ajustados a derecho, igualmente pueden carecer de la nota de razonabilidad que le confieran la sustancialidad querida y/o debida según las circunstancias en que las mismas operaron.¹¹

¹¹ Mariano R. BRITO, De la Razonabilidad del Acto Administrativo: La Cuestión de su Contralor Jurisdiccional Anulador, en Derecho Administrativo: Su Permanencia - Contemporaneidad - Prospectiva, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay, 2004, p. 461 (especialmente lo referido en el segundo párrafo del numeral 4.).

ante el deudor, serían sólo “objeto” de un sólo tipo de relación jurídica entre las personas, el dominio» (Sentencia No. 101/91).

Se insiste. Es evidente que el instituto de la expropiación, no puede ser invocado en el caso, porque no se transfiere ningún derecho de los particulares al Estado. Y de acuerdo a la jurisprudencia constante de la Corporación, lo que caracteriza a la expropiación, es la transferencia a la Administración de un derecho que pertenecía a otro sujeto, de tal modo que el derecho que éste tenía lo pierde y es adquirido por aquella. Si no existe transferencia y pérdida de derechos de modo coactivo a favor de la Administración, no puede sostenerse que medió expropiación de clase alguna y que debieron seguirse los procedimientos que indica el citado art. 32 de la Constitución, aplicables solamente cuando está en juego el instituto de la expropiación (ve. sentencia No. 15/91 y fallo citados a fs. 66 - 67 en el informe redactado por el Dr. Cajarville).

No es preciso un análisis individualizado de cada artículo cuestionado, porque respecto de los mismos, en todo caso, se trata del mismo motivo de impugnación: la existencia de un supuesto de expropiación sin la previa y justa indemnización que estatuye el Constituyente (fs. 40 y 44). Pero una tal hipótesis no es la que se diera en la realidad. Habida cuenta de que no ha existido, como se dijo, una transferencia impuesta o no consentida de la propiedad, sino, tan sólo, se han establecido mecanismos que el legislador ha estimado convenientes para solucionar el grave problema que tenían —y tienen— sectores importantes de la economía nacional y que no obstante contribuyen a la producción de la riqueza y a su misma circulación.

Se podrá o no, compartir la decisión del legislador, pero tal postura no es la que debe analizar el juzgador, el que debe únicamente tener en cuenta o valorar si existen o no, como realmente existen, razones de interés general para que se haya adoptado dicho criterio. No es caprichosa ni arbitraria la solución normativa, ella no determina la existencia de “discriminaciones perversas” u “odiosas”, en tanto y en cuanto se ha optado por estimar conveniente dar un determinado apoyo y sin duda importante, a quienes con su trabajo productivo en las áreas agropecuarias o industriales o con su labor comercial o de servicio, participan activamente en la vida misma de la sociedad y en su economía.

Por último, corresponde estudiar el agravio referido a la afectación del derecho a la seguridad jurídica.

En ese plano, el excepcionante expresó que las normas contenidas en los arts. 3, 4, 6, 7, 8 y 15 de la Ley No. 16.243, son inconstitucionales por lesionar su derecho a la seguridad jurídica, en la

14. Es así que la razonabilidad opera como un tamiz a cuyo través se ciernen las circunstancias fácticas y jurídicas dejando traslucir la verdadera esencia de las cosas, lo racional o razonable que hay en cada relación jurídica, por imperio de las consideraciones más íntimas que hacen a cada situación, y que normalmente no se revelan visibles en la tradicional aplicación del derecho a las circunstancias en la yuxtaposición directa entre hechos o actos y normas de derecho.

15. En tal sentido MARIENHOFF¹² refiriéndose a un dictamen de la Procuraduría del Tesoro de la Nación, ha expresado: “... el dictamen de referencia incluye el control de ‘ilegitimidad’ al control sobre la ‘razonabilidad’, extendiéndolo a ésta. Pero tal criterio no atempera lo equivocado del dictamen en cuestión, que excluye del control sobre los entes autárquicos a la ‘oportunidad’, ‘mérito’ o ‘conveniencia’, pues la ‘razonabilidad’ hállase en una zona gris situada entre la ‘legitimidad’ y la ‘oportunidad’.”

Este autor incluye este análisis de la razonabilidad para la gestión de los entes autárquicos,¹³ lo cual revela la trascendencia de este criterio para la evaluación de los actos y hechos, perfectamente extensible para el resto de las administraciones públicas y para las personas de derecho privado, físicas o jurídicas.

¹² MARIENHOFF, op. cit., p. 416.

¹³ *Ibidem*, p. 415.

medida en que introdujeron “sustanciales modificaciones a los términos y condiciones de los créditos pactados entre las entidades de intermediación financiera y sus clientes, otorgando a los mismos quitas de capital, intereses y gastos profesionales o conceden esperas, que sustancialmente extinguen o transforman en ridículo el monto adeudado” (f. 43 vto.). Razón por la que, más adelante y a manera de conclusión de este capítulo, haya expresado: “Todo el fundamento de (1) ordenamiento jurídico desaparece cuando se admite que alguien incumpla las obligaciones asumidas, modificando las relaciones contractuales de las cuales las obligaciones provienen” y por esa vía, entonces, se lesionen legítimos derechos adquiridos —por su mandante— a exigir y perseguir el cobro íntegro de sus créditos, conforme a lo pactado (f. 44).

Desde luego, la afectación de este derecho está también sujeta a las razones de interés general, que estima la Corte, se han dado en la Ley, sin perjuicio de señalarse que resulta extremadamente pernicioso legislar sobre contratos en vías de ejecución. Aun cuando y es preciso ponerlo de relieve diríase de manera enfática, no toda Ley que modifique los efectos de esos contratos —en esa etapa de su iter— es inconstitucional, puesto que el constituyente ha otorgado tal potestad al legislador, en tanto se atenga al interés de la generalidad, a preservar el beneficio de la mayoría, de los distintos grupos que la componen y que en múltiples ocasiones se vuelve el provecho de la sociedad en su conjunto y por esa vía, el beneficio, la utilidad o la ganancia se extiende a cada uno de sus integrantes.

Tal como lo ha postulado la Corporación, “Se asiste en definitiva, a un conflicto entre derecho y el interés general o entre diversos intereses generales; en tal situación el legislador se ve avocado a la consulta del interés general superior y, ante “...la hipótesis de verdadera necesidad, deberá preferirse y sacrificarse uno a otro, en la medida que correspondiere y según jerarquización racional de los diversos intereses generales o derechos, que no sería otra que la que contemplara el mayor beneficio para la sociedad, en la emergencia (Sent. 102/66)” (Sentencia No. 8/93, con algún subrayado en el original). Es que, se insiste, se debe valorar el tema, según la escala de valores que exista en el país y en un cierto tiempo, a los fines de determinar cual es ese interés general que se califica de superior y por lo tanto permite privar o limitar otros derechos, alejándolos de su mismo plano.

Sin ninguna duda, son excepcionálísimas las circunstancias que se dan en el caso y que justifican que el legislador —contemplando ese interés general, eje de la cuestión— adopte soluciones

16. La razonabilidad constituye un parámetro de actividad cotidiana en toda persona. Ello mismo amerita que a la hora de juzgar las actitudes de éstas a través de los resultados de su accionar, se retorne analíticamente por el camino seguido por aquella a la hora de adoptar su decisión o llevar a cabo su actividad.¹⁴

La ley procesal reconoce tal característica humana cuando al determinar los aspectos a considerar por parte del Juez al recibir la declaración de los testigos puestos ante sí para resolver una cuestión litigiosa, es el nivel educacional que éstos tienen.¹⁵ Dicho grado de instrucción propenderá en la persona el establecer un cierto nivel de comprensión de las circunstancias, reconocer en ellas su poder de determinación ante la conjunción de circunstancias fáctico-jurídicas, y al juez llegar a valorar adecuadamente todos estos factores en relación a las condiciones de los participantes y sus eventuales condiciones de determinación y capacidad de adoptar decisiones según sus características particulares, todos enfrentados, con sus diferencias (talentos y virtudes)¹⁶ al mismo marco normativo.

17. Unos ejemplos sencillos y cotidianos ayudarán a comprender el alcance que puede llegar a tener la valoración de las circunstancias de un caso en relación al mismo marco jurídico, atendiendo en primer lugar

¹⁴ *Ibidem* (en particular el concepto que se extrae del cuarto y siguientes párrafos del numeral 5. con las adecuaciones que corresponden al alcance temático de uno y otro trabajo).

¹⁵ Código General del Proceso, art. 161, nal. 1): “El tribunal interrogará al testigo, en primer lugar, acerca de su nombre, edad, estado civil, domicilio, nacionalidad, profesión, ocupación, estudios que haya cursado y demás circunstancias que sirvan para establecer su personalidad...”.

¹⁶ Constitución de la República, art. 8°.

como las ahora impugnadas. Y el juzgador, para el régimen patrio, la propia Suprema Corte de Justicia, solo puede revisar la razonable aplicación de ese interés general y excluye toda consideración sobre el mérito o acierto de la Ley, según ya se ha destacado, con apoyo de su propia jurisprudencia (Cf. sentencia No. 61/92); en cuanto esa incursión por los caminos de la conveniencia u oportunidad, constituye materia reservada a otro Poder del Estado (art. 85, nal. 3) y que ingresa, por ende, dentro de los lineamientos de la política financiera que se adopte.

De acuerdo con el texto citado, es a la Asamblea General, es decir al Parlamento Nacional, el órgano representativo del pensamiento y querer de la comunidad, a la que corresponde expedir Leyes referidas al "...fomento de la... agricultura, industria, comercio interior y exterior" (art. e inc. cit.). Y eso es lo que ha hecho el legislador al dictar la normativa cuestionada, más allá de que se pueda compartir o no la solución propuesta: ha estimado que por ese camino, "introduciéndose" en contratos en curso de ejecución, modificándolos en grado importante, hasta podría decirse llegando al límite de lo razonable, si bien no ultrapasándolo, debía fomentar las actividades del ámbito agropecuario —más amplio que el término agricultura que emplea el constituyente— o en la industria o en el comercio. Porque, se insiste, son ellos con su profesión u ocupación —y el trabajo de quienes se esfuerzan en esas labores— quienes cooperan esencialmente a la formación de la riqueza nacional, participan en su bienestar y en el de sus habitantes.

Naturalmente, en el caso, corresponde sí estudiar cada uno de los textos impugnados, para determinar cuales son los motivos por los que se considera que no afectan este principio de la seguridad jurídica. Y que, por el contrario, más allá de algún exceso que no se ubica —de todos modos— fuera de las razones de interés general, permiten que se afirme se advierta un ajustamiento a la norma superior.

El art. 3. es el que determina que "Todas las deudas serán actualizadas a la fecha en que los deudores se amparen a lo dispuesto en la presente Ley, sobre las bases..." que se indican: por un lado, señalando que "Para la determinación del monto definitivo serán consideradas todas las deudas contraídas originalmente en moneda nacional" y en el supuesto "...deudas contraídas o que hubieran sido posteriormente novadas o renovadas parcial o totalmente en moneda extranjera, éstas se convertirán a moneda nacional al tipo de cambio vendedor vigente..." a cierta época (apartado a); que las "...deudas contraídas por empresas agropecuarias se actualizarán por el Índice de Precios Mayoristas Agropecuarios", si fuesen contraídas "...por las empresas industria-

a la relación fáctico-jurídica en forma estricta y luego ajustando tales circunstancias mediante la aplicación de criterios de razonabilidad, y las variantes en la decisión que ello pueda significar:

18. Para todos quienes circulan por las calles de una ciudad, tanto como peatones como conductores vehiculares, les resultará absolutamente conocida la relevancia que tienen las cebras dispuestas para el cruce de los transeúntes.

Cuando un peatón comienza el cruce de una calle a través de una cebra, basta con que apoye el primer pie en el pavimento para que los automóviles que circulan por la calzada deban detenerse en reconocimiento de la preferencia que aquellos tienen en el cruce frente a la circulación de los rodados. Ello determinaría, a primera vista, que un peatón atropellado en ese cruce, contaría con una presunción favorable —que podría tildarse como casi absoluta— que redundaría en una condena reparatoria y aún punitiva para el conductor.

Sin embargo, y aunque pueda no resultar tan evidente como lo anterior, si ese mismo peatón inicia el cruce pretendiendo hacer valer su preferencia de paso ante un vehículo que viene en circulación normal, pero que se encuentra ya a una distancia de la cebra que no le permite detener la marcha aún accionando enérgicamente los frenos, ese peatón no ha obrado razonablemente; la aplicación a esa situación de un mínimo criterio racional, le tendría que haber indicado que ponía su vida en peligro. La responsabilidad se revertiría, dando lugar a lo que en materia de responsabilidad extracontractual se denomina como hecho de la víctima.

Así, la situación que en apariencia se presenta como legítima para el caminante, y, por consiguiente, como ilegítima para el conductor, resulta no serlo de tal forma, ya que quien en principio se presentaba

les, agroindustriales, comerciales y de servicio, se actualizarán por el Índice de Precios Mayoristas de Industria y Comercio" (apartado b); y, finalmente, "Para el caso en que la deuda originariamente pactada no pueda ser fehacientemente determinada se tomará en cuenta la más antigua documentación..." (apartado c). Si se tiene en cuenta que los deudores deben ser anteriores a cierta época- "...deudas contraídas con anterioridad al 30 de junio de 1983..." (art. 2) - se advierte cual ha sido la razón fundamental que presidió la labor del legislador y el porqué de la conversión de las deudas.

Debe recordarse que muchas deudas fueron efectivamente contraídas en moneda nacional y luego transformadas o "pasadas" a moneda extranjera, pues era el tiempo del dólar "barato", conforme a una planificación del ente rector en materia financiera. Los momentos en que se manejaba la famosa "tablita", cuya vigencia futura se aseguró tajantemente por autoridades de la época.

No puede llamar la atención, ahora, el cambio que se estableciera en la Ley, para beneficiar a cierto sector o grupo de personas o empresas, pues en principio se considera la moneda nacional de curso legal o un índice o unidad de medida que toma en consideración los precios podríamos llamar medios de esos mismos sujetos. Por cierto, se es consecuente con ese criterio de razonable interés general.

El art. 4, determina que a los deudores enumerados en el artículo siguiente, "comprendidos" en los beneficios de la Ley, "...se les descontarán del capital adeudado las cantidades entregadas a cuenta y también las imputadas a intereses, las que se bonificarán con un 5% (cinco por ciento)", haciendo luego otras aclaraciones para el caso de deudores que hubiesen cancelado sus deudas sin quitas, con anterioridad a la vigencia de la Ley. Desde luego, para la defensa de esta norma militan las mismas razones dichas previamente.

Sin duda, el fracaso estrepitoso del sistema financiero que rigiera hasta fines del año 1982, determinó un aumento desmedido del monto de las deudas contraídas y si se quiere, una quiebra de la seguridad jurídica anterior, motivo por el cual, entonces, el legislador contemplando esas razones superiores de interés general, determinó una quita cuyo monto, por cierto, excesivo o no, justo o no, no puede ser analizado por la Corporación, so pena de incurrir en una invasión de potestades de otro Poder lo que no debe, no puede, ni quiere hacer.

El art. 5, a su vez, categoriza a las empresas comprendidas en la Ley. La formación de los grupos o sectores que son beneficiarias de la misma y que tienen los "privilegios" que ella estatu-

como titular de un derecho, una vez analizada en su intimidad la situación y pasada por el tamiz de la razonabilidad, resultará ser absolutamente contrario el resultado que, en principio, se presentaba como obvio.

19. De igual manera, "se sabe", y así se juzga —podría decirse que sistemática e infaliblemente—, que cuando un vehículo embiste a otro de atrás, su conductor es responsable por "no haber guardado la debida distancia con el vehículo que le precedía, o haber conducido con exceso de velocidad, o con imprudencia, impericia o negligencia" (más o menos así suelen expresarse las demandas y consecuentemente las sentencias en materia de este tipo de siniestros).

Sin embargo a todos ha sucedido ver o vivir la circunstancia de un vehículo que, aún reglamentariamente (legítimamente podría decirse en términos genéricos) ha adelantado a otro, aprovechando un claro entre vehículos que le precedían, insertándose en ese intersticio entre rodados delanteros; pese a la apariencia legítima de la maniobra, obró distorsionando el tráfico, y provocando a veces que el auto que lo precedía, y que ahora quedó colocado detrás, embista al ahora delantero (quien adelantó su posición reglamentariamente, conforme al texto correspondiente), en virtud de haberse visto alteradas las condiciones de circulación de aquel (reducción imprevista e intempestiva de la distancia con el vehículo delantero, alteración de la velocidad de circulación, etc.).

En apariencia, y atendiendo estrictamente al marco jurídico, el vehículo embestidor actuó ilegítimamente. Sin embargo, si a esa combinación de circunstancias fáctico-jurídicas se le aplica el tamiz de la razonabilidad, se comprenderá fácilmente que la responsabilidad se revierte.

ye, parece razonable. Tomar en cuenta, según los casos, la extensión de la tierra en que se realiza la explotación, el número de empleados y el monto de las deudas, luce como adecuado y no meramente discriminatorio. Lo mismo ocurre en cuanto alude a la empresa "no propietaria", en cuya hipótesis se debe considerar un porcentaje de la superficie explotada.

Igualmente, el art. 6, conforme al cual se disponen los porcentajes de acuerdo con los cuales se "cancelarán totalmente..." las deudas, no luce como arbitrario.

Desde luego que puede parecer un exceso el monto de la quita en algunos casos, pero ello es cuestión que conforme a las razones ya dichas, deviene congruente con el entorno en que se contrajeron las deudas o las mismas se renovaron y, fundamentalmente, porque ello hace al propósito de interés general que está en la base misma de la normativa cuestionada. Se trataba de deudas "ampliadas" en una época anormal y por ello esta solución que se transforma en una aplicación indirecta, pero impuesta por el legislador, de la teoría de la imprevisión, que viene en salvaguardia de sectores que importan a la vida misma de la sociedad y de su propio futuro.

Del mismo modo, la solución de los procedimientos mediante los cuales se pueden cancelar las deudas (art. 7), es conforme al sistema impuesto y a esas razones que se han invocado reiteradamente. Se podrá discutir, por cierto, el porcentaje de bonificación establecido para el caso del pago al contado, dentro de un determinado tiempo a contar desde la firma del convenio o, por ejemplo, la adición de una tasa del cinco por ciento, si se firma un convenio y se paga en cuotas, pero ello hace a la conveniencia o justicia de la solución y, por lo tanto, no es cuestión a analizarse por este órgano jurisdiccional.

El art. 8, en cuanto alude a que "... se incluirán, en el monto a refinanciar, los honorarios de los profesionales intervinientes...", no es tampoco una solución arbitraria o absurda. Si bien se advierte, los costos, en cuyo concepto se incluyen los honorarios de los abogados y procuradores (C. Civil, art. 688 y Código General del Proceso, art. 56), son —como las costas— indemnizaciones que se deben a la parte vencedora y, por lo tanto, como anexo a la deuda principal, corren su suerte. No se cree que la circunstancia de que el abogado tenga acción directa contra la contraria de su cliente, si aquella "... hubiere sido condenada en costos..." (Ley No. 15.750, art. 144), altere la solución, habida cuenta de existir también en el caso, razones de interés general, para cambiar el criterio normal a seguirse en estos procesos.

20. Un administrador público, jerarca máximo de un servicio, dicta un acto administrativo totalmente ajustado a la normativa vigente, tanto desde el punto de vista procedimental como sustancial. Sin embargo, dicho acto no responde a las reales o actuales necesidades del servicio o de los cometidos impuestos a él, resultando de ello una erogación o una reestructura innecesarios. Dicho acto, legítimo, es inoportuno; razonablemente ha sido dictado inconvenientemente. Su juzgamiento podrá proceder en los ámbitos respectivos.¹⁷

21. La aplicación del principio o criterio de razonabilidad opera así una acertada adecuación circunstancial y normativa.

Por ello entonces, aquellas circunstancias que, bajo una óptica tradicional de juzgamiento (bidimensional en la terminología manejada en este trabajo) podrían merecer un resultado obvio y preanunciado, sometidas al tamiz de la razonabilidad (óptica tridimensional de juzgamiento), pueden ver variado diametralmente el fallo que sobre ellas recaería.

Así, será el juez quien deba develar la aplicación de tal criterio por parte de cada uno de los operadores, en la situación sometida a su decisión, y derivar de ello el verdadero alcance que deberá concedérsele a la norma en orden a las circunstancias operadas en su momento, o el ajustamiento al derecho que aquellas tuvieron en virtud de las condiciones que determinaron su puesta en acción.

¹⁷ Podrá ser procesado desde el punto de vista reparatorio (arts. 24 y 25 de la Constitución de la República), aunque en principio, y habiendo sido ajustado a derecho no lo será por su nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, aunque, en el caso particular del ejemplo citado, podría entenderse violatorio de las normas que imponen actuar con eficiencia a las administraciones públicas en su gestión (v.gr.: arts. 93 inc. 2°, 98, 104 del T.O.C.A.F.).

Finalmente, el art. 15, según el cual, “Cuando con el producido de los bienes que componían el patrimonio de un deudor no se hubiese cancelado totalmente lo adeudado y éste demostrase su insolvencia total, se le darán por canceladas las deudas, los tributos y los honorarios que hubiesen quedado impagos y se le levantarán a su pedido, de oficio, los embargos e interdicciones impuestas”, tampoco se revela como arbitrario o discriminatorio. Es un criterio que ya ha establecido el legislador para otras hipótesis, cuando el deudor comerciante o el deudor civil han entrado en cesación de pagos (Código General de Proceso, arts. 452 y 465; Código de Comercio, arts. 1.710 y Código de Procedimiento Civil, arts. 955, 979 y 1.033); aunque, es claro, en una de ellas, si ha habido remisión de parte de los acreedores (art. 1.710 cit.) por más que en otros, es bastante la petición de la mayoría de los acreedores, en cuyo caso la carta de pago que libera totalmente al deudor y produce su rehabilitación, obliga a los disidentes (arts. 465 y 1.033 citados).

El fundamento es el mismo y la finalidad en unos casos y en el otro —el que interesa— es similar. En ambas hipótesis, se ha agotado el patrimonio del deudor y existe en el supuesto previsto en la norma impugnada, el propósito de que el deudor, una de las empresas “comprendidas”, se reintegre completamente a la vida normal y contribuya, desde su lugar de actividad, a la producción de la riqueza nacional. Punto de vista que tiene en cuenta un razonable interés general, lo que avala la constitucionalidad de la misma.

Concluyendo.

La Ley impugnada o más exactamente los artículos de la misma que fueron atacados por vulnerar normas de rango superior, no tienen ese defecto. Más allá de compartirse o no la solución legislativa (Constitución, art. 85, nal. 3), las mismas mantienen su engarce con la Carta Fundamental, pues en ella se permite “privar” o limitar los derechos de las personas, cuando median razones de interés general. Y en el caso, indudablemente las ha habido y por ser excepcionales esas circunstancias determinaron soluciones también particulares, más aun particularísimas, pero que no ingresan en el concepto de discriminatorios, arbitrarias u odiosas.

De ahí, entonces, el rechazo de la defensa interpuesta.

IV. CONCLUSIONES

1. La razonabilidad, vista ya como criterio de interpretación de la relación fáctico-jurídica, ya como un principio de derecho rector de la decisión como norma aplicable, constituye una fuente más, y de no poca trascendencia, para el juzgamiento de situaciones litigiosas.

2. Favorece la tridimensionalidad en la labor del juez, quien más allá de disponer de los dos tradicionales factores materia prima de su decisión: circunstancias del caso y marco jurídico aplicable (relación fáctico-jurídica), cuenta ahora con la posibilidad de potenciarlos mediante la indagación de la intimidad de aquellos factores, develando así lo que, sin trasuntarse de aquella relación, existía inmersa en cada aspecto de la situación que derivó en conflicto, atendiendo a la intención racional de los involucrados en su obrar y del legislador al prevenir, mediante el dictado de la norma, el restablecimiento de un orden social quebrantado.

3. Constituye papel del magistrado determinar el contenido de aquella racionalidad que en cada circunstancia normalmente existe y se encuentra implícita en cada obrar humano; proceso ese intelectual superior al habitual del cotejo entre circunstancias y normas, derivando ello seguramente en cambios, aún sustanciales, en los resultados de la aplicación del derecho.

4. Esta actividad intelectual e indagatoria constituye la más elevada expresión de la función jurisdiccional, ya que no solamente constituye al magistrado en un mero aplicador del derecho, sino en un verdadero restablecedor del orden social quebrantado, utilizando si para ello el marco jurídico en toda su extensión y alcance, pero dándole un sentido mucho más sustancial que el de utilizarlo como simple

Nº 2, de 1º de febrero de 1996

Y es la propia Constitución la que trae ejemplos clarísimos de actos legítimos generadores de responsabilidad del Estado, como se lee en los arts. 32 y 35 de la Constitución. No hay pues ninguna contradicción entre el art. 15 de la Constitución, que establece los requisitos para que sea legítima una orden de prisión, con el art. 4 de la Ley No. 15.859, que regula un tema diferente, completamente independiente de la cuestión regulada en el art. 15. La relación entre ambos artículos, lejos de ser un choque, colisión o contradicción, es de razonable complementariedad: El art. 15 posibilita jurídicamente un acto (la orden de prisión preventiva) o un hecho (la prisión) por razones de interés general; como ese acto puede causar perjuicios a determinada persona, es justo y así lo ha establecido el art. 4 de la Ley No. 15.859, que quien ha estado legalmente preso, quien ha tenido la libertad transitoriamente menoscabada sin merecerlo por su conducta, reciba la justa indemnización de los perjuicios sufridos (Cf. Casinelli, Horacio, en consulta citada infra).

Nº 161, de 15 de agosto de 2001

b) Estima infringidos los principios generales del derecho, entre otros, las garantías del debido proceso y de defensa en cita a los arts. 72 y 332 de la carta, 16 del Código Civil, Ley No. 13.318, Decreto Ley No. 15.524 y 14 del Código General del Proceso, así como el principio constitucional de libertad; adiciona que el Tribunal no se abstuvo al principio de razonabilidad al evaluar la actitud de sus jerarcas.

Nº 210, de 29 de julio de 2002

El monto del daño moral fijado por la Sala evalúa correctamente la entidad de las lesiones sufridas así como el impacto que las mismas les causaron, fijándolo en una cantidad que se estima como prudencial y que no tiene las notas requeridas para que la recurrida ingrese en el ámbito de la teoría del absurdo o de la sentencia carente de razonabilidad, sino que la suma

molde en el cual colocar las situaciones de hecho como piezas en un rompecabezas atendiendo a su forma y color.

5. Posición del magistrado, ésta que se asume, que deriva seguramente en mayor justicia en los fallos, promoviendo soluciones equitativas que resulten en la mayor y mejor atención de los intereses y las expectativas de las partes.

6. En ningún caso la aplicación del criterio o principio de razonabilidad podrá determinar la desaplicación o el desconocimiento del ordenamiento jurídico vigente. Muy por el contrario, atender al mismo, transitando por la razonabilidad de la situación conflictiva, determinará a la postre, mayor justicia en la aplicación del aquel, y consecuentemente mayor equidad en los fallos jurisdiccionales.

7. Si bien correctamente se presume que toda actividad humana se encuentra determinada por el ordenamiento jurídico ("La ignorancia de las leyes no sirve de excusa"¹⁸), constituyéndose tal precepto en una garantía contra quienes aduciendo el desconocimiento de la norma pretendan escapar a su acción, la adecuada ponderación de los diversos factores y circunstancias del momento que llevaron a la decisión o a la acción, considerando lo que razonablemente tuvieron en cuenta los operadores, conllevarán el más acertado fallo y el restablecimiento del orden alterado.

¹⁸ Código Civil, art. 2º.

establecida por la Sala resulta de una adecuada ponderación de la probanza producida motivando una razonable determinación del monto indemnizatorio que no corresponde sea revisada en la instancia casatoria.

Nº 152, de 21 de marzo de 2003

No obstante lo claro de la situación y sin base probatoria, lógica y/o razonable alguna el ad quem concluye algo diverso a lo que emerge de las máximas de la experiencia por cuanto es obvio concluir en la responsabilidad de la demandada frente a una persona que a pesar de instalar un grave problema cardíaco no se le provee de la asistencia adecuada (no se la traslada a un hospital general, no se le realiza ningún abordaje y cuando se llama a la ambulancia para el traslado, ya había fallecido).

(...)

Asimismo, también corresponde tener en cuenta a los efectos de la fijación del daño moral que padeciera la reclamante, la edad de la víctima, desde que tal como lo señala Gamarra citando un fallo del TAC 5º: «...La avanzada edad de la víctima puede estimarse como circunstancia personal de incidencia directa sobre la entidad objetiva del daño extrapatrimonial, operando una moderada atenuación en función de que conforme a un criterio de razonabilidad, el sufrimiento de los parientes cercanos no puede calificarse como similar al que padecerían ante la pérdida de aquella si fuera persona con una expectativa de sobrevivida mucho mayor, porque es de concluir que la psiquis está precondicionada para soportar mejor dicho dolor cuando la víctima ha superado la edad promedio de vida, ingresando en la ancianidad...» (T.D.C.U., t. XXV, ed. F.C.U., año 94, pág. 276 Cfme. Sentencia No. 383/997 de la S.C.J.). Y en el subexámene la madre de la accionante, cuando acontecieron los hechos examinados en autos, se encontraba prácticamente al término de su trayectoria vital, con 80 años de edad, circunstancia ésta que como se viene de expresar conduce a abatir el monto del daño moral propio de la reclamante que fuera objeto de condena por la sentencia de primera instancia.

8. Revelan, las sentencias consideradas, una saludable evolución del sistema jurisdiccional nacional, que atiende cada vez más a la persona humana como verdadero sujeto de derecho y centro de atención, reconociendo en el ordenamiento jurídico el carácter instrumental que el mismo tiene, debiendo ser puesto al servicio del individuo, y no éste someter su existencia a los instrumentos, ya que aquella es la primigenia y éstos sólo tienden a posibilitarla.¹⁹

HÉCTOR M. DELPIANO**

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República egresado en 1986. Profesor Asistente de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor de Contenciosos de Derecho Público y de Fundamentos de Derecho Administrativo en el Master de Derecho Administrativo Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor Adscripto de Informática Jurídica por la Universidad Católica del Uruguay. Ex Profesor Asistente de Informática Jurídica en la misma alta casa de estudios sedes Montevideo y Maldonado. Miembro del Consejo Académico Internacional de la Revista "Derecho y Nuevas Tecnologías", Buenos Aires, Argentina. Ha publicado varios trabajos de sus especialidades en el país y en el extranjero y participado como expositor en diversos eventos de sus materias.

Montevideo, 6 de noviembre de 2004.

¹⁹ Héctor M DELPIANO, Seguridad en la Gestión Administrativa, en: Derecho Informático, publicación del Instituto de Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2004, p. 219, conclusión final.



INFORMACIONES

- *Eventos científicos de Derecho Administrativo con participación de Profesores de la Universidad de Montevideo.*
- *Posgrado de Derechos de Autor.*
- *Efecto positivo del silencio de la Administración en los recursos administrativos. Propuesta y anteproyecto de ley del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo.*

EVENTOS CIENTÍFICOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO CON PARTICIPACIÓN DE PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO

CONGRESO INTERNACIONAL DE CULTURAS Y SISTEMAS JURÍDICOS COMPARADOS

9 a 14 de febrero de 2004 – MÉXICO

en

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Con el Programa General distribuido en 12 Mesas (Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho y Seguridad Internacional, Derecho Penal, Derecho Privado, Derecho Social, Filosofía y Teoría del Derecho, Historia del Derecho, Inteligencia Artificial, Metodología del derecho comparado, Sociología del derecho, y Salud y derecho, se desarrolló el Congreso bajo la dirección de un Comité Organizador presidido por el Profesor Dr. Diego Valadés, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

La Mesa 1, Derecho Administrativo, con la coordinación del Profesor Dr. Jorge Fernández Ruiz, cumplió el examen de los temas "Energéticos", "Telecomunicaciones", "Ética Pública", "Seguridad Pública" y "Derecho Fiscal y Aduanero en el Contexto de la Globalización".

La destacada labor académica del Profesor Fernández Ruiz, hizo posible el cumplimiento de la labor de la Mesa 1, en la que participaron Agustín Gordillo (Argentina), Romeu Felipe Bacellar Filho (Brasil), Luciano Parejo Alfonso (España), Enrique Rojas Franco (Costa Rica), Tomás Hutchinson, Mariano Brito (Uruguay), Julio Comadira (Argentina), Jaime Rodríguez-Arana (España), Jesús González Pérez (España), junto a otros destacados administrativistas mexicanos, costarricenses, colombiano, españoles, venezolanos y argentinos.

La gestión del Congreso hizo acreedor nuevamente al Instituto de Investigaciones Jurídicas de México, a su Director Dr. Diego Valdés y al ilustre maestro Jorge Fernández Ruiz del reconocimiento unánime por el afianzamiento de la labor de investigación y extensión universitaria cumplida, a la vez que el estrechamiento de vínculos en un auténtico proceso de integración regional.

SEMINARIO INTERNACIONAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Aportes para el rediseño Institucional de la República

29, 30 y 31 de marzo de 2004 – BUENOS AIRES

TEMARIO:

1. La organización administrativa. La participación ciudadana en la gestión administrativa y el control.
2. La función pública y la corrupción.

Expositores invitados: Juan Carlos Cassagne, Julio Rodolfo Comadira, Agustín Gordillo, Tomás Hutchinson, Héctor Mairal, Jorge Sáenz, Oscar Oszlak, María Graciela Reiriz, Prof. Luciano Vandelli (Italia), Alejandro Nieto (España), Jorge Fernández Ruiz (México), Celso Antonio Bandeira de Mello (Brasil), Enrique Silva Cimma (Chile) Franck Moderne (Francia), Joh Christian Pielow (Alemania), Tomás Ramón Fernández

(España), Lionel Dupuis (Juez del Tribunal Administrativo de la OEA), Mario Chiti (Italia) y Antonio Martino (Italia)

Panelistas nacionales: Dr. Mariano R. Brito

La suma del Seminario puede definirse como la confrontación Derecho Administrativo y sus misiones frente a la problemática de una sociedad política en medio de profundas transformaciones y problemáticas fundamentales. Alcanzó, sin dudas, los frutos de la reflexión académica en intensidad.

XXX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

25, 26 y 27 de agosto de 2004 – EL CALAFATE, Provincia de Santa Cruz, Argentina

Organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo y la Provincia de Santa Cruz, se desarrollaron bajo la conducción del Profesor Jorge Luis Salomoni, Presidente de la A.D.A., y sus colaboradores.

Esfuerzo sistemático y fecundo en sus resultados, mostró la riqueza de un tema fundamental y constante para la afirmación del Estado democrático de derecho, y los principios fundamentales que hacen posible, en la variedad de regímenes de derecho positivo, una unidad de fuente sustancialista.

Séanos permitido citar aquí a los Profesores Celso Antonio Bandeira de Mello, Romeu Felipe Bacellar Filho, Juan Carlos Cassagne, Héctor Mairal, Agustín Gordillo, Julio Comadira (con su magnífica exposición final de la actividad académica). Por Uruguay tuvo el honor de participar el autor de esta información.

CONGRESO IBEROAMERICANO DERECHO ADMINISTRATIVO Y PÚBLICO

KONRAD
Adenauer
Stiftung

UEES
UNIVERSIDAD
ESPÍRITU SANTO

COLEGIO DE ABOGADOS
DEL GUAYAS

ASOCIACIÓN
JUDICIAL DEL
GUAYAS

AEDA

CLD

Septiembre 30 – Octubre 1 de 2004 – GUAYAQUIL – ECUADOR

Con la actuación del Comité Organizador presidido por la Dra. Patricia Vintimilla Navarrete, Jueza Trigesima Primera de lo Civil y la presencia del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador, Dr. Hugo Quintana Coello, y el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Espíritu Santo de Guayaquil, se inauguró este Congreso.

El desarrollo supo de la intensa participación de los miembros de Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo, Profesores Enrique Rojas Franco (Director Ejecutivo), Joffre Campaña Mora (Ecuador), Jorge Zavala Egas (Ecuador), Luanda Villarreal Corrales (México), Horacio González (Costa Rica), Jaime Rodríguez Arana (España), Agustín Gordillo (Argentina), Mariano Brito (Uruguay), Hernán Pérez Losse (Ecuador), Eduardo García Fabre (Ecuador), Víctor Rodríguez Mendible (Venezuela) y el dr. Angel Rubio Game (Presidente de la Asociación Judicial de Guayas).

Las jornadas con particular intensidad vieron el desarrollo de los siguientes temas: Medidas cautelares en el Proceso Contencioso Administrativo; Seguridad jurídica y derecho administrativo; la cautela en el proceso y procedimiento administrativo; La concesión pública en México, a partir de la forma del Tratado de Libre Comercio; El mero Código Contencioso Administrativo en Costa Rica; Servicio Público en el Derecho Comunitario Europeo; Tribunales Administrativos como Órganos de emisión del primer acto administrativo; Sociedad civil y seguridad pública; La contratación administrativa y el Derecho Internacional; La responsabilidad patrimonial del Estado por actos de Gobierno que devienen en lesiones de los derechos económicos de los particulares, y La regulación de los servicios públicos.

III FORO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Homenaje al Prof. Dr. José Luis Meilán Gil

Sobre

“EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO”

PAZO DE MARIÑÁN – 6 al 8 de octubre de 2004 – GALICIA (ESPAÑA)

El Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo que fuera fundada en la reunión de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, en febrero de 2002, alcanzó una etapa fundamental con el encuentro de Pazo de Mariñán. El impulso generador habría de ser el homenaje al maestro español José Luis Meilán Gil, Rector hasta reciente fecha de la Universidad de La Coruña y Catedrático de Derecho Administrativo. Junto al homenaje –que culminó con su designación como Presidente Honorario– siguió una intensa labor académica, de estudio e investigación y debate, con la participación de los distinguidos administrativos iberoamericanos miembros del Foro.

Participaron del Foro: Argentina: Dra. Miriam Ivanega, Dr. Julio Comadira, Dr. Jorge Salomoni; Uruguay: Dr. Mariano Brito, Dr. Juan Pablo Cajarville, Dr. Carlos Delpiazzo; Bolivia: Prof. Dr. José Mario Serrate; Chile: Dr. Rolando Pantoja; Brasil: Dr. Rogerio Leal; Colombia: Dra. Consuelo Sarria, Dr. Jaime Santofimio; Perú: Dr. Jorge Danós; Ecuador: Dr. Javier Robalino; Venezuela: Dr. Allan Brewer-Carias, Dr. Luis Ortiz-Álvarez, Dr. Armando Rodríguez; Costa Rica: Dr. Enrique Rojas; Portugal: Dr. Fausto Quadros; Guatemala: Dr. Hugo Calderón.

La circunstancia de desarrollarse el Foro en el Año Jacobeo, permitió la tradicional ofrenda a Santiago Apóstol, de España y América, cumplida con la lectura en la Catedral Compostelana del texto que se reproduce a continuación

OFRENDA DEL FORO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO AL APÓSTOL SANTIAGO

Venimos, señor Santiago, Apóstol y Patrono de España y señor Santiago de América, a presentar nuestra ofrenda en nombre del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Ayúdanos, señor Santiago:

A cuantos constituimos nuestro Foro a darle nacimiento renovado y continuidad, una y otra vez, y siempre, a una institución que quiere ser, para cuantos profesan desde la Academia el Derecho Administrativo, un ámbito cierto del conocimiento jurídico cuyas piedras sillares sean asiento firmísimo de los valores del espíritu del Camino que hasta aquí nos guía.

A nutrir nuestras labores académicas con la inspiración de las herencias culturales, religiosas y humanistas que tú derramaste a voleo, y cuyos valores son luz y guía dos veces milenaria en el camino de la vida personal y comunitaria.

A alentar nuevos y duraderos esfuerzos para brindar los arcaduces por donde circule abundante y generosamente el tesoro del agua de tu espíritu que anima el lugar primigenio y sus derechos fundamentales en la vida de la sociedad humana.

A animar el estudio, la docencia, la investigación y la labor formadora del Derecho Administrativo en el ámbito público y en las relaciones público-privadas, nutriéndonos de aquellas raíces cristianas que tú, señor Santiago, sembraste con simiente fecundísima.

A contribuir con nuestras investigaciones de los saberes del Derecho Administrativo a promover el bien común y el afianzamiento de los valores de la libertad, la solidaridad, el respeto y la tolerancia que sustentan la sociedad civil y la vida en democracia.

A contribuir al encuentro de nuestros pueblos y culturas que gimen aún los dolores de la desintegración y muchos de ellos, de la pobreza, la emigración y el desarraigo de sus culturas, costumbres y tradiciones.

A que cuantos llegamos a ti asumamos la responsabilidad del trabajo bien hecho en el camino del saber jurídico de los quehaceres y misiones de las administraciones públicas y las relaciones con la ciudadanía y

nuestros pueblos. Haz que contribuyamos con esfuerzos sin pausa, generosamente, a favorecer su construcción de modo armónico, libre y justo con desarrollo solidario.

Queremos que el Camino hacia ti nos conduzca, por tu intercesión, a los caminos de encuentro, aportando instrumentos jurídicos para el entendimiento y el diálogo, y la convivencia en libertad.

TODOS A UNA, junto a ti clamamos: ¡ULTREIA!

El III Foro tuvo la satisfacción de la elección unánime del Profesor Jaime Rodríguez Arana Muñoz, como Presidente, sucediendo al hasta entonces titular Prof. Mariano Brito. Aquel vio así reconocida su profusa y fecunda labor académica y la magnífica organización de este III Foro. Su antecesor fue honrado con la dignidad de Presidente Fundador, y el reconocimiento al Profesor Julio Comadira, designado Secretario General, entre cuyos méritos destacadísimos, véase en él al inspirador de la iniciativa fundadora del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Por su parte, los Profesores Romeu Felipe Bacellar y Rodolfo Pantoja, Vice Presidentes hasta entonces, pasaron a integrar el Consejo Directivo en calidad de vocales.

VII JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO "ALLAN R. BREWER-CARÍAS"

Caracas, VENEZUELA 2004

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO – ADMINISTRATIVO DE LA LIBERTAD ECONÓMICA

En dichas Jornadas participó invitado el Prof. Dr. Carlos Delpiazzo, el cual expuso sobre "*Los Derechos fundamentales y la libertad económica*" los días 2, 3, 4 y 5 de noviembre de 2004-

Se halla editado el Tomo I de dichas Jornadas en el cual está publicada la exposición del Dr. Delpiazzo. La obra constituye una muestra más de la jerarquía académica del ilustre venezolano homenajeado.

Mariano R. Brito

POSGRADO DE DERECHOS DE AUTOR

EFFECTO POSITIVO DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Silvana Nessar (Coordinadora)
Ana Brezzo - Alina Celli - Patricia Di Bello
Gustavo Fischer - Natalia Hughes - Josefina Lorenzo
Carlos Mata - Mariella Saettone - Carolina Silva - Juan Raúl Williman

I BASES PARA UNA PROPUESTA

A) El problema

El Grupo de Investigación y Estudio en Derecho Administrativo formado recientemente en el ámbito de la Universidad de Montevideo, cumpliendo con los objetivos que se planteara desde su instalación, se abocó al análisis de una de las problemáticas existentes en nuestro medio y relativas naturalmente a la materia de su especialidad, cual es la ineficiencia del acto administrativo denegatorio ficto como paliativo procesal frente al incumplimiento de la Administración de la obligación constitucional de resolver los peticiones y recursos administrativos.

El trabajo que se presenta no pretende en absoluto agotar el tratamiento del tema, sino, por el contrario constituir una iniciativa para el debate, que coadyuve a una mejor defensa de los derechos de los individuos y consecuentemente al afianzamiento del Estado de Derecho.

La presente propuesta se proyectó sobre la base de las soluciones encontradas en el Derecho Comparado y las reformas legislativas operadas en ese sentido, contemplando, naturalmente, las particularidades de nuestro Derecho Positivo.

Ensayamos finalmente un anteproyecto de ley, que a través de su divulgación por este medio, invitamos a conocer, criticar y porqué no a apoyar su oportuna aprobación.

Tal como señala Guillermo Andrés Muñoz, "el silencio nació con la modesta, pero importante finalidad de impedir que la inactividad formal de la Administración se convierta en un mecanismo utilizable para vedar el control judicial de sus actos; la figura del silencio negativo aparece como una técnica instrumentada para favorecer a los administrados. En alguna etapa del camino.....por una extraña metamorfosis, en la que mucho tuvieron que ver las elucubraciones puramente abstractas, lo que fue, es y seguirá siendo silencio... se convirtió en acto administrativo. A partir de ese momento, la técnica se volvió como una nueva y peligrosa amenaza contra sus iniciales beneficiarios. Es indispensable devolver a la figura del silencio administrativo el papel que axiológicamente le corresponde. De lo contrario, se corre el riesgo de que los administrados piensen que el llamado silencio administrativo, que tanto se invoca, pero que no se llega a entender, es una diabólica doctrina inventada por la Administración para que sus recursos nunca prosperen". (Muñoz, Andrés G. "Silencio de la Administración y plazos de caducidad" Ensayos Jurídicos Ed. Astrea, Bs.As., 1982.)-

B) El marco normativo vigente

El valor negativo del silencio de la Administración, está establecido con carácter general en el artículo 318 de la Constitución. Sin embargo como se verá, dicha norma deja abierta la posibilidad, incluso en su articulado, de otorgar al mismo un sentido positivo.

En la mayoría de los casos, el ciudadano espera comprender los fundamentos legítimos del actuar del Estado, información a la que nunca tendrá acceso mediante la aplicación del instituto del silencio negativo. Adicionalmente, el único efecto favorable que otorga el silencio administrativo, posibilidad de acceso a la

justicia, tampoco logra en los hechos su pretendida finalidad garantista. En efecto; no sólo debe esperar largos períodos el ciudadano que promueve una acción anulatoria para obtener una sentencia, sino que aún si la misma le es favorable, la Administración muchas veces, ante la ausencia de sanciones reales y efectivas, no cumple con los mandatos jurisdiccionales.

El artículo 40 de la ley 17.292 de enero de 2001, interpreta el sentido del artículo 318 de la Constitución, recogiendo en parte una tesis que ya la doctrina nacional venía afirmando (Cajarville Peluffo, J.P. "Recursos Administrativos" pág.207).

Básicamente la Ley interpreta los términos constitucionales "autoridad administrativa" como órgano determinado del cual emana un acto y "sus decisiones", aquellos actos dictados por dicho órgano en ejercicio de su competencia. En consecuencia, las disposiciones del artículo constitucional sólo serán aplicables para los recursos de revocación o reposición, los cuales resuelven únicamente sobre "sus decisiones". No serán aplicables a los recursos subsidiarios, que resuelven sobre las decisiones tomadas por órganos sometidos a su jerarquía o tutela administrativa.

De los antecedentes legislativos resulta que la intención o finalidad del legislador, fue en todo momento la de acortar los plazos de decisión de la Administración.

Así resulta de la exposición de motivos: "*Se logra con ello, con el más estricto respeto de las normas constitucionales, un abatimiento en cien o doscientos días, según los casos, en los exagerados plazos de agotamiento de la vía administrativa actuales, con manifiesto beneficio para quienes se pretenden lesionados por una actuación administrativa, y sin mengua de las posibilidades de actuación de las Administraciones Públicas*".

C) El posible perfeccionamiento

Sin embargo, luego de la interpretación legislativa aludida, no sólo los plazos para decidir, sino todo el alcance del artículo 318 se ve incidido, en especial el valor negativo del silencio. Sancionada la Ley de referencia, debe dársele a la Constitución una lectura integral, puesto que el artículo 318 regula también el valor que debe atribuirse al silencio de la Administración.

En efecto, el artículo 318 dispone en su inciso segundo que: "Se entenderá rechazada la petición o el recurso administrativo, si la autoridad no resolviera en el término indicado". ¿Y cuál es "el término indicado"? Indudablemente el referido en el inciso primero; no cabe otra interpretación posible. Por lo tanto, y siguiendo el método lógico sistemático de interpretación, cabe concluir que según el artículo 318, el silencio de la autoridad administrativa tendrá valor negativo únicamente cuando ésta tenga la obligación de decidir en el plazo constitucional indicado.

El silencio negativo no está previsto para la inercia de "Toda autoridad administrativa", sino únicamente para aquella que no decidió en el plazo constitucional indicado.

Dicho de otra forma, el silencio negativo está previsto a nivel constitucional y con carácter general, únicamente para los recursos de revocación o reposición, no para los recursos subsidiarios. En consecuencia, el valor que tenga el silencio en los mismos es establecido por la ley, no por la Constitución.

En varias disposiciones constitucionales y legales se establece directamente y con alcance particular, el valor positivo del silencio. Todo ello sin perjuicio de la obligación de decidir que subsiste en todo caso para la Administración (artículo 168 numeral 10, art. 174 inc.4°, art.198, 275 numeral 6o., art.273 de la ley 17.060, entre otros).

Naturalmente, esta interpretación abre la puerta a innumerables cuestionamientos relacionados con la eficacia del silencio positivo, las condiciones y casos de su aplicación, naturaleza jurídica del acto, etc. La investigación realizada sobre las soluciones que las legislaciones comparadas vigentes han adoptado, constituye un significativo aporte para la resolución de estas interrogantes. Recogiendo dichas experiencias, adaptándolas a nuestro ordenamiento jurídico y, sobretodo, a la realidad de nuestra Administración, se definen las características esenciales del silencio positivo, así como del procedimiento y prueba del mismo.

En primer término cabe aclarar que, por su rango constitucional, se mantiene en todos los casos la obligación impuesta a la Administración de pronunciarse expresamente sobre las peticiones y recursos. Sin embargo, una resolución expresa tardía de los recursos subsidiarios (Jerárquico y de Anulación) no puede tener un contenido denegatorio. Es decir, no puede ser contrario al acto ficto configurado por el silencio positivo. La obligación de dictar resolución expresa posterior sólo puede dictarse de ser confirmatoria del mismo porque la norma otorga a ese silencio un sentido positivo y lo positivo por silencio no puede convertirse en denegación posterior expresa.

En cuanto al procedimiento y prueba del acto ficto positivo, existen varios ejemplos de derecho comparado. Dada la interpretación del artículo 44 de la Ley 17.292 y, la efectividad que el cómputo global de los plazos ha demostrado en los hechos, se entiende que dicha disposición debería mantenerse. Es decir, a los 200 o 250 días de presentados los recursos respectivos, se produce el acto ficto positivo.

El escrito de interposición de los recursos, con la constancia e indicación de la fecha, bastará para acreditar la existencia del acto ficto positivo. Se elimina de esta forma la necesidad de iniciar cualquier otro tipo de trámite para la certificación del acto.

Respecto del contenido del acto ficto positivo, se entiende en principio que el mismo accede a todo lo solicitado por el particular. Ello sin perjuicio de una necesaria regulación en cuanto al contenido y formalidades en la presentación de los recursos y las peticiones.

En definitiva, para dotar de verdadero sentido a los principios generales de Derecho enumerados en el art. 2 del Decreto 500/91 y, tender al real cumplimiento de la obligación de decidir por parte de la administración impuesta por art. 318 de la Constitución, (por lo menos en cuanto al jerarca y/o el Poder Ejecutivo), la interpretación propuesta en este trabajo, debería ser recogida por una ley.

II ANTE PROYECTO DE LEY

Artículo 1° - Declárase, a los efectos establecidos por el numeral 20 del **artículo 85 de la Constitución de la República**, que la denegatoria ficta prevista por el inciso final de su **artículo 318** sólo es aplicable a los recursos de revocación y de reposición (incisos primero y cuarto del **artículo 317 de la Constitución de la República**), al decidir los cuales la autoridad administrativa resuelve recursos interpuestos «contra sus decisiones».

Dicha denegatoria ficta no regirá para los recursos jerárquicos, de anulación y de apelación (incisos, segundo, tercero y cuarto del **artículo 317** citado), los cuales tienen por objeto decisiones no adoptadas por los órganos que resuelven dichos recursos.

Artículo 2° - A los ciento cincuenta días siguientes al de la interposición de los recursos de revocación o de reposición, si no se hubiere dictado resolución expresa, se deberán franquear, automáticamente, los recursos subsidiariamente interpuestos, reputándose fictamente confirmado el acto impugnado.

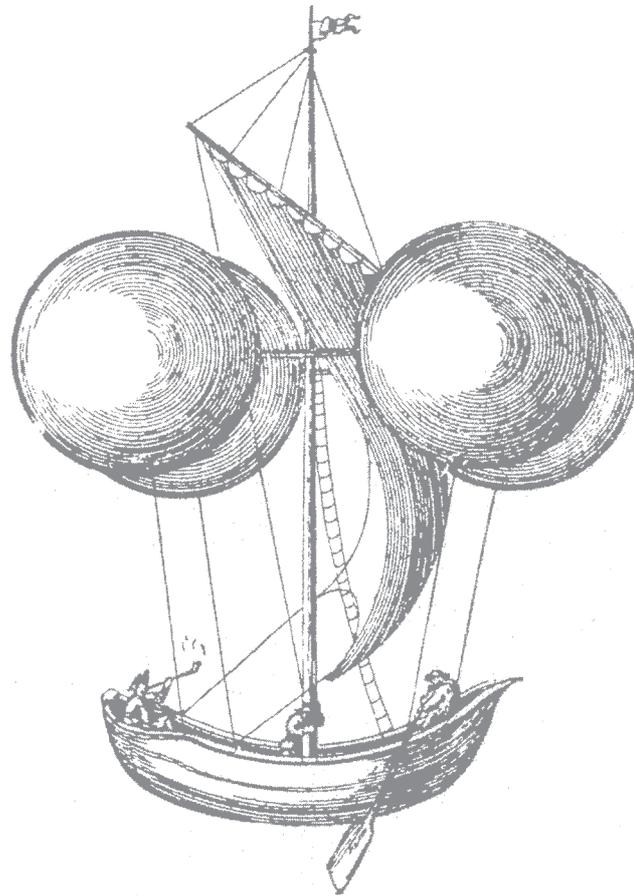
A los doscientos días siguientes a la interposición conjunta de los recursos de revocación y jerárquico, de revocación y de anulación, o de reposición y apelación, y a los doscientos cincuenta días siguientes al de la interposición conjunta de los recursos de revocación, jerárquico y de anulación, si no se hubiere dictado resolución expresa sobre el último recurso se tendrá por fictamente aceptado el recurso interpuesto.

Artículo 3° - Vencido el plazo a que refiere el párrafo final del artículo anterior, bastará la sola copia del recurso presentado, donde figure la fecha de recibido, firmada y sellada por parte de la Administración, para acreditar la configuración del acto ficto positivo revocatorio del originalmente impugnado.

Artículo 4° - Sin perjuicio de lo preceptuado por la presente Ley, la obligación de resolver los recursos administrativos que recae sobre todo órgano administrativo se mantiene, con la limitación de que en los casos de los recursos jerárquico, de apelación y de anulación, la decisión expresa extemporánea no podrá ser nunca denegatoria.

Artículo 5° - La presente ley se aplicará a los actos administrativos dictados a partir de la fecha de vigencia de la misma.

Artículo 6° - El Poder Ejecutivo reglamentará la presente Ley, especialmente en cuanto a las formalidades que deberán reunir las peticiones y recursos administrativos amparados por la misma.



TESINAS DE MASTERS

- *Moreira, Rosario - "Utilización de signos distintivos por PYMES dedicadas a la producción orgánica"*

UTILIZACIÓN DE SIGNOS DISTINTIVOS POR PYMES DEDICADAS A LA PRODUCCIÓN ORGÁNICA

ROSARIO MOREIRA

Master en Integración y Comercio Internacional

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I. PYMES, COMPETITIVIDAD Y PROPIEDAD INTELECTUAL. II. LOS SIGNOS DISTINTIVOS EN LA COMERCIALIZACION. III. LA PRODUCCIÓN ORGÁNICA. IV. LA PRODUCCIÓN ORGANICA EN URUGUAY. V. PRINCIPALES RUBROS DE PRODUCCIÓN ORGANICA. V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. ANEXOS. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES.

INTRODUCCIÓN

Es una cuestión generalmente aceptada la afirmación de que nos hallamos en un proceso de globalización de las economías en que la competitividad aparece como un factor determinante para la supervivencia de las empresas de todos los tamaños, en particular para las PYMES. Por ello es necesario analizar cómo las Pymes pueden aumentar su competitividad a través de un uso adecuado del sistema de propiedad intelectual.

El principal objetivo de este estudio es demostrar que los profwcvorgs orgánicos, en su mayoría MPYMES, no han aprovechado en forma suficiente el potencial de los signos distintivos en sus actividades comerciales como un factor de competitividad, de manera de mejorar su posicionamiento tanto en el mercado nacional como en el internacional. Identificaremos cuáles son los factores que inciden en esta situación. Sugeriremos algunas ideas para la utilización de signos distintivos y realizaremos algunas recomendaciones para que las Pymes puedan beneficiarse de mejor manera del sistema de la propiedad industrial, en particular del uso de signos distintivos.

Si bien es reconocida la importancia que tiene la propiedad intelectual en el desarrollo comercial y en la estrategia competitiva de las empresas, la cuestión fundamental es determinar cómo se integra en los negocios de las Pymes para que tenga mejores efectos en la competitividad.

El estudio tiene cuatro niveles:

1. Un nivel conceptual relativo a las cuestiones principales de la relación entre Pymes y propiedad intelectual y sobre los principales aspectos del sistema de producción orgánica.
2. Un nivel exploratorio sobre las prácticas de producción orgánica en Uruguay en los principales rubros de carne, vino, miel, arroz, hortícola y hierbas aromáticas y sobre el uso de signos distintivos en las estrategias de comercialización de las empresas.
3. Un nivel de análisis y evaluación de la información recabada sobre las Pymes dedicadas a la producción orgánica.
4. Recomendaciones para mejorar la forma en que las Pymes puedan beneficiarse del uso más eficiente y efectivo de la propiedad industrial en general, y de los signos distintivos en particular.

Los supuestos sobre los que se basa este estudio son los siguientes:

1. La capacidad de competir en mercados cada vez más abiertos y competitivos, va a estar determinada por los recursos empresariales de mayor potencial competitivo. Los recursos de carácter intangible son las fuentes más importantes de ventajas competitivas sostenibles para las empresas. Su importancia se está reforzando ante el surgimiento de nuevas formas de competir basadas en la diferenciación. De ahí la importancia del uso de signos distintivos en la estrategia empresarial de las empresas como fuente de diferenciación.

2. A pesar de que el mercado de los productos orgánicos es todavía pequeño a escala mundial, éste se ha constituido un nicho de mercado viable para productos diferenciados. En Uruguay existen condiciones naturales para la producción orgánica.
3. Uruguay es un pequeño país, que produce bienes de escaso valor agregado, caracterizado por un pequeño mercado doméstico en el que compiten micro pequeñas y medianas empresas. El proceso de reconversión hacia métodos de producción orgánica es liderado por empresas con aspiración de crecer, tanto en el mercado interno como en el internacional, por la vía de la diferenciación de productos y procesos.

El trabajo está estructurado en tres partes. La primera parte introduce sobre aspectos teóricos vinculados con el tema: la relación entre Pymes, competitividad y propiedad intelectual; y la producción orgánica como una respuesta a los cambios en los hábitos alimentarios de los principales mercados. La segunda parte describe la situación de la producción orgánica en Uruguay en los rubros de carne, miel, vino, arroz, hortícola y hierbas aromáticas y las prácticas de las Pymes en el uso de signos distintivos. En la tercera parte se realiza una evaluación de los resultados del estudio y se realizan una serie de recomendaciones para promover el uso más eficiente y efectivo de la propiedad industrial por parte de las Pymes.

I. PYMES, COMPETITIVIDAD Y PROPIEDAD INTELECTUAL

A) Las Pymes en la economía.

1. Las Pymes en cifras

Las Pymes representan aproximadamente el 90% de las empresas del mundo y producen cerca del 50% de la totalidad de productos y servicios.¹ Estas cifras revelan el papel que desempeñan en las estructuras productivas nacionales como creadoras de empleo y riqueza, por lo que es esencial mantener y mejorar su competitividad.

En los mercados internacionales altamente competitivos, las fusiones y adquisiciones de otras empresas ha sido la estrategia seguida para obtener mayor competitividad; esta estrategia ha incluido también a las Pymes.

Conscientes de las dificultades para competir con las grandes empresas, las Pymes se han convertido en el laboratorio de las grandes empresas que emplean sus servicios para procesos de innovación y desarrollo, que luego habrán de emplear en mercados lejanos.

Además, de su participación en la competitividad de las empresas de mayor tamaño, con proyección internacional, hoy se espera que las Pymes encabezen las innovaciones y la actualización tecnológica de las economías por su flexibilidad y adaptabilidad a los cambios.²

Con la finalidad de recabar información para analizar su situación y comportamiento económico, la Comisión Europea ha creado El Observatorio Europeo de las Pymes. Un estudio reciente de este Observatorio concluyó que, el 93% de las empresas europeas son microempresas (de 0-9 empleados), el 6% son pequeñas (de 10 a 49 empleados), menos del 1% son medianas (de 50-249) y el 0,2% son grandes empresas (de 250 a + empleados). En cuanto a los factores de competitividad, las empresas señalaron por orden de importancia el servicio al cliente, la calidad de los productos y servicios y el precio.

Las Pymes en Japón proporcionan el 33% del empleo y el 46% en Estados Unidos, mientras que en Europa generan el 66 % del empleo.

En América Latina no existen trabajos sistemáticos que permitan conocer el papel y el desempeño de las Pymes en la economía de cada país, lo que no permite efectuar estudios comparativos sobre la región. Con esta finalidad, el BID ha creado el "Observatorio Latinoamericano de la Pyme" y definido estrategias nacionales de desarrollo empresarial.

Existe acuerdo en que las nuevas empresas en la región tienen un alto índice de mortandad, debido principalmente a la falta de evaluación de las ideas que originaron a las empresas y a la falta de capacitación en gestión de empresas.

¹ OMPI, Las Pyme y la Propiedad Intelectual, Revista, N°9, setiembre 2001, Pág. 9

² Tarrachi Anna, Colls y Montse Domingo, "Pulgas y elefantes en el mundo corporativo", Diario El Observador, 25/03/01, pág.24

Los primeros estudios señalan que las micro, pequeñas y medianas empresas conforman más del 95% del total de negocios establecidos y absorben más del 85% del empleo, de ahí su contribución al PBI y a la creación de empleo.

Si bien constituyen un colectivo heterogéneo, comparten algunas características comunes como la baja productividad que llega a ser un 50% menor que la de las grandes empresas y la falta de coordinación institucional, factores que tienen consecuencias en su desarrollo empresarial.³

La bipolaridad de la estructura empresarial de la región se explica entre otras razones por la reducida creación de empresas innovadoras y con vocación de crecimiento. Así coexisten unas cuantas grandes empresas junto a una mayoría de microempresas y empresas que operan en el sector servicios y de producción de bienes de baja tecnología destinados al mercado interno.

Las Pymes de América Latina enfrentan dificultades comunes que limitan sus posibilidades para competir y crecer en el mercado, entre otras: entorno empresarial por debajo del óptimo, acceso limitado al crédito y al capital de riesgo, escaso desarrollo del mercado de servicios empresariales (en gestión de la calidad, formación gerencial, actualización tecnológica y acceso a la información) limitaciones en la disponibilidad de insumos, insuficiente infraestructura y deficiente prestación de servicios básicos.⁴

En el contexto actual de globalización, liberalización y apertura de mercados, el principal reto de las Pymes es el de ser competitivas, tanto en el mercado interno como en el internacional. Dada su importancia en la estructura productiva de los países de la región, podemos sostener que la competitividad de las Pymes afecta la posición competitiva de las economías en su conjunto.

El mejoramiento de la competitividad de las Pymes, según el BID debería desarrollarse en áreas claves como marco regulador y formulación de políticas, desarrollo económico local, promoción de la capacidad e iniciativa empresarial y servicios para la innovación. Las políticas de apoyo a la innovación de las Pymes pueden facilitar su desarrollo tecnológico y fomentar la producción de bienes con valor agregado, de ahí la importancia de incorporar nuevas tecnologías e investigación para elevar la productividad y los niveles de competitividad de las empresas de la región.

La mayor segmentación de la demanda sobre pautas de consumo basadas en la calidad y especialidad, ha determinado que la creación de las ventajas competitivas de las empresas constituya un elemento clave para el crecimiento y la internacionalización de las Pymes, así como para consolidar su participación en el mercado interno. En este contexto, la propiedad intelectual puede cumplir importantes funciones en la comercialización de productos y servicios, en la generación de nuevas tecnologías, en la producción de bienes innovadores y en la diferenciación de productos a través del diseño y de la marca.

2. Las Pymes en Uruguay

En el estudio sobre "Agendas para la competitividad industrial"⁵ se concluyó que el 99% de las unidades económicas del país está constituido por Pymes.

No existen estudios específicos sobre las Pymes en el sector agropecuario, que tiene una incidencia en el PBI del 8% pero produce un encadenamiento agroindustrial que es responsable de la cuarta parte del producto.⁶

La legislación en vigor en materia de Pymes es la Ley 16.201 (publicada en el Diario Oficial el 21/10/99) que declaró de interés nacional la promoción, desarrollo y tecnificación de las micro, pequeñas y medianas empresas con el objetivo de propender a su descentralización geográfica, al aumento de la productividad de sus recursos y a la generación de empleos.

La reglamentación de la Ley N° 16201 por el Decreto N° 54/992 estableció las categorías de empresas comprendidas dentro de la denominación de PYME, a saber: unidades artesanales, microempresas, pequeñas y medianas empresas. Las micro, pequeñas y medianas empresas han sido definidas en función de la cantidad de personal empleado, activos e ingresos. Estas categorías fueron modificadas por el Decreto 266/995, quedando establecida la categorización siguiente:

³ BID, Una década de apoyo a la pequeña y mediana empresa, dic.2000

⁴ BID, ob.cit. ant.

⁵ OPP, MGAP, PNUD, IICA, MIEM

⁶ www.mgap.gub.uy/OPYPA

EMPRESAS	PERSONAL OCUPADO	VENTAS MÁXIMAS NETAS ANUALES hasta	ACTIVOS MÁXIMOS hasta
MICROEMPRESAS	1 a 4 personas	U\$S 60.000	U\$D 20.000
PEQUEÑAS EMPRESAS	5 a 19 personas	U\$S 180.000	U\$D 50.000
MEDIANAS EMPRESAS	20 a 99 personas	U\$S 5.000.000	U\$S 350.00

Las Pymes suman aproximadamente 190 empresas formales y 100 mil informales, empleando casi el 80% de la fuerza de trabajo del país. La mayor parte de su producción está volcada al mercado interno, estimándose que sólo participan en el 3-5% de las exportaciones. Según datos de la Asociación Nacional de la Pequeña y Mediana Empresa (ANMYPE), el porcentaje de desaparición de Pymes, en la actual coyuntura, sería de 35-40%.

El desafío para las Pymes está en mantenerse y crecer, superando las limitaciones propias de su escala, de su baja productividad, de un mercado interno que no crece y de la competencia de productos importados. La identificación de nichos de mercados de exportación, con productos diferenciados, aparece como una de las posibilidades para el crecimiento.

Para operar en el actual contexto de negocios, una de las estrategias más efectivas es una gestión basada en la generación de vínculos de cooperación con otras empresas. Ello requiere de un cambio cultural pues estas relaciones, no se desarrollan en forma espontánea debido a al individualismo, la falta de confianza recíproca, la falta de información y porque exige niveles de compromisos sobre reparto de costos y beneficios.

Mediante la cooperación horizontal es posible acelerar procesos de aprendizaje, mejorar la escala productiva y concentrarse en la creación de ventajas competitivas sustentables

La Cámara Nacional de Comercio y Servicios conjuntamente con la Red PROPYMES y otras instituciones, han desarrollado una experiencia de esquemas asociativos entre las empresas para lograr una mejor competitividad y alcanzar objetivos de desarrollo y crecimiento. Se trata de la promoción, la conformación y conducción de Núcleos Empresariales Sectoriales (NES) de pequeñas y medianas empresas.

Se entiende por NES a "la alianza estratégica entre empresas que colaboran para alcanzar objetivos comunes, pretendiendo con ello, el desarrollo de la competitividad de sus integrantes"⁷ Estos objetivos son la mejora de la gestión empresarial, la compra o venta de insumos, la promoción y el marketing, la prestación de servicios, la integración productiva o una combinación de los anteriores.

Además, con la finalidad de fortalecer la competitividad productiva de las Pymes, se está ejecutando el Programa de Desarrollo Tecnológico (PDT) con fondos BID, que está estructurado en tres subprogramas, el primero es de apoyo a la competitividad e innovación de las empresas, el segundo está destinado al apoyo de la investigación científica y tecnológica y el tercero, apunta al fortalecimiento del sistema nacional de innovación. El énfasis puesto en la innovación está dado por el efecto multiplicador que esta produce en el ámbito de las empresas, ya que permite mejorar la eficiencia y la gestión de la empresa, facilita la implementación de políticas de calidad, la reducción de costos de producción, la introducción de nuevos procesos, productos y servicios y la mejora de la imagen y la reputación de la empresa y de sus productos.

B) La Propiedad Intelectual como factor de competitividad

El concepto de competitividad es muy complejo y varía según los autores. Para emprender su estudio se han tomado diferentes agentes económicos de referencia. En este sentido se habla de competitividad nacional, competitividad de un sector y competitividad empresarial, dependiendo de sí se considera como unidad de análisis un país, un sector de la economía o una empresa, respectivamente.

Encontramos aportes en términos de los factores de competitividad en las disciplinas de Economía de las Organizaciones y de Economía Industrial. En forma coherente con estos desarrollos, aparecen definiciones de competitividad asociadas a ventajas competitivas adquiridas o generadas en los análisis de Michael Porter, en la visión de la escuela alemana sobre competitividad sistémica, y en forma más reciente en las escuelas inglesas y españolas, que centran la competitividad en el llamado "capital humano", el conocimiento.

⁷ Red PROPYMES, Síntesis Descriptiva. Agosto 2002

Si bien existen diferencias en los contenidos y enfoques, los expertos coinciden en que la competitividad se encuentra hoy en el centro del mercado globalizado.

Tomaremos como unidad de análisis a la empresa, ya que tanto la competitividad de una economía como la de un sector va a depender de la capacidad de competir de sus empresas, que son las que, en definitiva, producen y comercializan los bienes y servicios y compiten en función de sus precios, de la calidad, del diseño, de la tecnología utilizadas y del servicio que brinda al cliente, entre otros. Por eso, no es casual el elevado número de estudios dirigidos a estudiar y analizar la mejora de la competitividad empresarial y sus determinantes principales en un entorno caracterizado por su dinamismo, turbulencia e incertidumbre.

Los cambios que se están produciendo en este entorno, entre los que se destacan la globalización de los mercados, la reducción del ciclo de vida de los productos, los cambios tecnológicos acelerados y los cambios en los valores de compra de los clientes, se traducen en que las empresas deben afrontar un mayor grado de intensidad competitiva. Por ello, la mejora de la competitividad se convierte en un objetivo permanente para las empresas.

La competitividad empresarial puede estar determinada por factores físicos y por factores empresariales. Los factores físicos se refieren a los bienes de capital, insumos, infraestructura, activos financieros y se contabilizan en los balances de las empresas como activos físicos. Han sido los más importantes a la hora de determinar el valor de una empresa en el mercado. Los factores empresariales se refieren a los recursos y capacidades de cada empresa. Entre ellos, están adquiriendo una creciente importancia los denominados intangibles como el capital comercial (reputación, prestigio, imagen de marca, lealtad de los clientes), el capital humano (formación, motivación, habilidades, experiencia y conocimientos del personal), el capital organizativo (estructura organizativa, cultura empresarial, estilo de dirección, relaciones con proveedores y clientes, cooperación entre empresas e instituciones), y el capital tecnológico (know how, dominio de tecnologías, capacidad de innovación, búsqueda de la calidad, desarrollos logísticos). Su importancia se está reforzando ante la evolución del entorno empresarial dinamizado por la creciente fusión y adquisición de empresas. Pueden constituirse en fuente de ventajas competitivas duraderas y sostenibles.⁸

Una ventaja competitiva es cualquier característica de la empresa que la aísla de la competencia directa dentro de su sector.

Existen dos formas de alcanzar la competitividad: la opción tradicional de reducir costos y precios relativos y las nuevas vías de competencia, basadas en la diferenciación de productos o servicios.

La globalización junto con la segmentación de mercados, están provocando una inclinación de la balanza hacia la competencia de las empresas vía diferenciación. Esta tendencia que se consolida en los años 90, obedece a una nueva visión de la estrategia comercial de las empresas en la que las marcas, las patentes, los diseños industriales, las licencias, se convierten en un activo intangible, con capacidad de producir ganancias a largo plazo y fuente de ventajas competitivas sólidas y sostenibles en el tiempo.

Un mercado es susceptible de diferenciación cuando los clientes están dispuestos a pagar más para obtener un producto o servicio de una empresa que de otra, en productos que son comparables.⁹

La identidad de marca es parte intrínseca del producto que se compra y es un factor de diferenciación que tiene un impacto directo sobre el precio que los clientes están dispuestos a pagar. Esto se produce cuando el comprador necesita calidad, que muchas veces está asociada a diferencias tecnológicas reales, pero que si no se puede apreciar directamente el comprador se guía por el prestigio, es en este momento en que se establecen las bases de la diferenciación.

El costo de crear un activo intangible sólo necesita llevarse a cabo una vez, por lo tanto, las situaciones en que se comparten activos intangibles con otros sectores de la empresa puede conducir a importantes economías. A medida que los activos intangibles adquieren una posición privilegiada, las empresas deben estudiar la mejor manera de aprovechar esos activos como fuente de valor en sus operaciones comerciales y de expectativas de beneficios reales. La optimización del valor de la propiedad intelectual es una cuestión de estrategia, decisión y concientización del sector de los negocios.¹⁰

⁸ Jaramillo J, Dirección Estratégica, McGraw Hill, Madrid, 2000, pp.23-34

⁹ Jaramillo J. Ob.ct, pp.24-26

¹⁰ Kay J. Fundamentos del éxito empresarial, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1994, pp. 391-408

C) La Propiedad Intelectual y las PYMES

La mayoría de los productos o servicios disponibles en los mercados son el resultado de una creación intelectual. El hombre que ha sabido aprovechar y desarrollar hacia el futuro, con una velocidad asombrosa, la herencia de sus antepasados y su labor creativa ha sido recompensada con la titularidad de su propiedad intelectual. El dinamismo actual de algunos sectores económicos se explica por el uso intensivo del conocimiento.

La rápida diseminación de la innovación en procesos, productos y servicios a través de la economía vía efecto derrame, ha tenido un impacto muy grande en el crecimiento económico, en particular, en los países más desarrollados.

Paralelamente al desarrollo tecnológico, la propiedad intelectual se ha convertido en una cuestión global, que está presente en sectores tan diversos como el comercio y el medio ambiente, la cultura y el patrimonio, las inversiones y los negocios, la salud pública y la seguridad alimentaria, entre otros. Por ello, se concibe a la propiedad intelectual como una herramienta para la creación de riqueza con impacto en el bienestar social general.

La propiedad intelectual cumple importantes funciones para las empresas en todo lo relacionado al desarrollo comercial y estrategia competitiva: en la inversión para la creación y protección de procesos y productos, en la promoción y comercialización de productos y servicios, en la venta o transferencia de tecnología, en las franquicias y licencias, entre otras actividades.

En el Foro de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Pequeñas y Medianas Empresas, realizado en Milán, en el año 2001, se señaló que "las Pymes pueden mejorar significativamente su competitividad, sus oportunidades de exportación, sus cuotas de mercado y el valor global de mercado, mediante la comercialización y gestión eficaces de su propiedad intelectual"¹¹

A pesar de que las cifras revelan una gran importancia de la participación de las Pymes en la economía mundial, recientes estudios revelan que muchas de ellas no han explotado plenamente el valor de la propiedad intelectual o su potencial de desarrollo empresarial.

Son varias las razones que explican el escaso uso del sistema de propiedad intelectual por parte de las empresas:

1. Desconocimiento sobre el funcionamiento del sistema de propiedad intelectual y de las ventajas de su uso para aumentar la competitividad, la capacidad innovadora y el acceso a los mercados.
2. Desconocimiento de la existencia de fuentes de información sobre propiedad intelectual y por lo tanto, del valor comercial y tecnológico de las bases de datos de marcas y patentes..
3. Bajo reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual como activos de valor económico en los círculos financieros de la región.
4. Servicios de asesoría y consultoría en propiedad intelectual poco desarrollados.
5. Escasa inclusión de la enseñanza de la propiedad intelectual en los programas de centros de estudio y universidades, tendencia que se está revirtiendo en algunos países de la región
6. Ausencia casi total de la propiedad intelectual en los cursos de formación de empresarios y de los programas de apoyo a la innovación de las Pymes.
7. Las instituciones de apoyo a las Pymes carecen de servicios relacionados con la propiedad intelectual.
8. Escasa inversión del Estado en programas nacionales de ID.
9. Ausencia de políticas de difusión y promoción del sistema de propiedad intelectual por las oficinas nacionales de propiedad intelectual.
10. Costos de adquisición y mantenimiento de derechos se consideran elevados por las empresas.

El éxito de las Pymes más innovadoras podría depender en gran medida, de su estrategia de propiedad intelectual en cuanto a adquisición, mantenimiento, gestión y observancia de derechos y de la utilización de las fuentes de información tecnológica y comercial disponibles.¹²

Las estadísticas sobre el uso de la propiedad intelectual por parte de las Pymes en Europa son escasas y los estudios recientes se limitan al uso de patentes. Un estudio realizado para la Oficina Europea de Patentes reveló que sólo una de cada seis empresas del sector manufacturero solicita patentes y que una de cada tres empresas realiza actividades de ID pero no patenta sus invenciones por desconocimiento del sistema. Otro

¹¹ OMPI/IP/MIL/01/5 Plan de Acción de Milán, Pág.2

¹² OMPI, La propiedad Intelectual para las empresas, Ginebra, Pág.4

¹³ citado por OMPI, La propiedad intelectual para las Pymes de América Latina, Ginebra, 2001

estudio en el Reino Unido observó que los pequeños empresarios daban mayor importancia a métodos informales como el intercambio limitado de información, relaciones duraderas basadas en la confianza y acceso inmediato al mercado, que a los derechos registrados.¹³

La escasa información sobre el uso del sistema de propiedad intelectual en Europa se debe a que no existen estadísticas desagregadas que proporcionen datos sobre las solicitudes presentadas por las Pymes. Lo mismo sucede con América Latina, donde las estadísticas sobre solicitudes y concesiones de registros en materia de propiedad intelectual revelan una participación muy baja de las empresas nacionales (especialmente en el área de las patentes de invención).

En el contexto de las Pymes latinoamericanas, que en su mayoría operan en sectores de baja tecnología, la innovación se realiza a través de mejoras de productos, en el embalaje o en el diseño de los productos, de ahí la importancia de los modelos de utilidad y diseños industriales en las estadísticas. Sin embargo, es reducido el número de solicitudes de patentes de invención por residentes.

Diversos estudios nacionales realizados por la OMPI en América Latina revelan que, en general las Pymes de una amplia gama de sectores, utilizan signos distintivos en sus actividades comerciales, independientemente de su dimensión o capacidad innovadora, pero no siempre se valora la importancia de su registro. La protección legal de la propiedad intelectual convierte a los activos intangibles en derechos de propiedad exclusivos.

Los activos de propiedad intelectual son los nuevos activos utilizados en la valuación y el comercio por las grandes empresas. Se intercambian por otros activos de naturaleza intelectual o por regalías, pagos únicos, reducciones en el precio de otros bienes o de otros elementos de valor.

En los países desarrollados, dichos activos han venido a constituir la piedra angular del crecimiento económico. En Estados Unidos, el declive del valor de los activos tangibles /físicos como porcentaje de los activos de las corporaciones pasó de un 62% a un 30% (1986-2000); las licencias de propiedad intelectual en el año 2000 alcanzaron un valor mundial estimado en 100 billones de dólares y un incremento del 700% durante el período 1991-1998. El crecimiento del comercio de patentes creció un 12,5%, mientras que el de bienes creció un 6,9%, en el período de 1988-1996.¹⁴

En virtud de su importancia creciente, una estrategia eficaz de propiedad intelectual debería sustentarse en un análisis detallado de las ventajas y oportunidades que ofrece el sistema y de cómo se integra al plan de negocios de la empresa.

II. LOS SIGNOS DISTINTIVOS EN LA COMERCIALIZACION.

A) Introducción

La propiedad intelectual está constituida por dos grandes ramas: los derechos de autor y la propiedad industrial.

La propiedad industrial agrupa dos categorías: las creaciones industriales, protegidas por derechos de patentes, de modelos de utilidad y de diseños industriales; y los signos distintivos: las marcas, los nombres comerciales, las indicaciones geográficas.

Los signos distintivos tienen una característica común, permiten individualizar los productos o servicios de un empresario frente a su clientela y a su vez, distinguirlos y diferenciarlos de los ofrecidos por sus competidores. Esta característica cumple una función comercial esencial.

En un mercado donde existe una multiplicidad de productos, en la mayoría de los casos casi idénticos o que pueden ser sustituidos con facilidad, satisfacer o superar las expectativas de los clientes es una tarea difícil, sólo las empresas que pueden hacer frente a este reto mantienen una clientela fiel.

Las empresas deben hacer grandes esfuerzos para crear y mantener una identidad de marca. La marca es el vínculo entre la empresa y el cliente, por lo que se puede afirmar que el objetivo estratégico de una marca es obtener la preferencia de compra de los clientes.

En el momento que el cliente rechaza marcas alternativas y está dispuesto a pagar un precio más alto por el producto de esa marca, se consolida la ventaja competitiva de la empresa. Así, la marca que pasa a constituirse en un activo muy importante que debe protegerse para evitar que los competidores puedan utilizar el mismo nombre, aprovecharse de su prestigio y obtener ganancias inmerecidas.

¹⁴ OMPI, ob.cit.

¹⁵ Arnold D. Manual de la Gerencia de Marca, Pág.17

La marca también cumple un papel muy importante en la estrategia comercial de las empresas, desde el punto de vista del marketing.

El marketing moderno se basa en un concepto de producto centrado en las necesidades del consumidor (por los problemas que resuelve) y no en el concepto del producto en sí mismo (la suma de características y atributos físicos). Un mismo producto puede ser percibido de distinta manera según la marca con que se comercializa. La creación de una marca que ofrezca valores agregados o una imagen positiva que rebase las características físicas del producto generará una corriente de lealtad que no se logra con el simple concepto de producto.¹⁵

Una marca se establece cuando un producto se vende a un precio superior al de un producto funcionalmente equivalente, es esto lo que distingue una marca del nombre del producto. El desempeño de la marca desafía el ciclo del producto de Vernon, que establece que a la larga todos los productos son desplazados por productos alternativos.

La marca es la expresión de la relación entre las necesidades que satisface el producto y los deseos valorados y utilizados por los clientes para diferenciar entre las diversas alternativas de un producto, por eso, si la marca tiene una imagen favorable, todo nuevo producto que se identifique con dicha marca contará con una ventaja competitiva que facilitará su comercialización.¹⁶

Las empresas deben tener presente que una marca exitosa debe ofrecer al consumidor percepción de calidad superior, por ello debe ser administrada en forma continua con la finalidad de adquirir una posición destacada o una personalidad que se traduzca en liderazgo y rentabilidad. A las marcas están asociadas palabras como preferencia, lealtad o reputación, goodwill.

La determinación de una marca sólida y el desarrollo positivo de la marca depende del éxito que obtenga en términos de cuota de mercado, de ventas, de beneficios reales y del valor que le asigna el cliente. El objetivo final de la concepción de marca es lograr una posición en el mercado que represente una ventaja competitiva sustentable para la empresa.

De la amplitud del concepto de marca dependerán las posibilidades del tipo de signos que pueden ser registrados como marca.

La ley N° 17.011, vigente en Uruguay, en su Artículo 1 dispone que “se entiende por marca todo signo con aptitud para distinguir los productos de una persona física o jurídica de los de otra”. Por tanto, una marca puede ser una palabra o conjunto de palabras, abreviaturas, nombres, elementos figurativos, una combinación de colores, la forma de un envase, los hologramas, incluso elementos no visibles como los sonidos y las fragancias. Se admite el registro de las frases publicitarias.

Los Arts. 4 y 5 de la misma Ley determinan que signos no podrán ser considerados como marca y por tanto no registrables.

B) Condiciones que debe cumplir una marca

Para concebir una marca, los analistas de marcas coinciden en que se tienen que tener en cuenta algunos elementos básicos:

1. La marca debe ser distinta de las marcas competidoras. No se pueden comercializar dos productos competidores con la misma marca. Debe ser intrínsecamente distintiva para poder ser registrada y protegida. Muchas veces las empresas eligen marcas parecidas al de la marca líder del segmento con la finalidad de aprovecharse del prestigio de esta y confundir al consumidor. Puede darse el caso de que otra empresa esté utilizando la marca escogida pero para productos o servicios diferentes, en este caso, la convivencia de ambas marcas es posible.
2. Se recomienda solicitar una búsqueda de antecedentes en la oficina de propiedad industrial, para tener la certeza de que la marca está disponible antes de incurrir en inversiones de packing, publicidad, etc.
3. Además de distinguir, la marca no debe inducir a engaño al consumidor.
4. El nombre de la marca debe ser sencillo y corto.
5. La marca debe ser fácil de leer, deletrear y de pronunciar. La pronunciación se debe considerar si se aspira a la internacionalización.
6. La marca debe ser fácil de recordar y reconocer.

¹⁶ Santesmases M., Marketing, conceptos y estrategia, pp.387-388

7. El nombre de la marca debe ser eufónico, debe sonar bien. Algunas palabras pueden sonar mal según el país en que se utilicen.
8. La marca puede ser asociable al producto o a alguna de sus características (sin ser evocativa o descriptiva) o a la imagen de la empresa.
9. El nombre de la marca debería tener una connotación positiva.
10. La marca no debe tener restricciones jurídicas que impidan su protección legal, de manera que las empresas necesitan conocer la legislación y la práctica en materia de marcas, tanto en el ámbito nacional, si ese es el mercado de destino, o en el internacional, si el objetivo es la exportación o internacionalización de la empresa.

La elección del nombre de una marca que se está volviendo una tarea cada vez más especializada si tenemos en cuenta el número de marcas que se registran anualmente.

Por otra parte, en la concepción de una marca debe existir un equilibrio entre elementos tangibles y elementos intangibles, que dan por resultado una personalidad definida. Los beneficios intangibles son cada vez más importantes y la gestión de la marca debe centrarse en este nivel de valores. No obstante, a partir de los años 90, los consumidores han comenzado a apreciar aspectos funcionales, tales como los materiales utilizados, el impacto ecológico del envase, etc. Este fenómeno no se da en el caso de las marcas de servicios, que tienen un carácter netamente intangible.¹⁷

La relación entre los elementos de una marca puede diagramarse. La esencia de la marca es la "personalidad" de la marca y debe ser el elemento distintivo en su categoría de mercado. En este aspecto de carácter emocional se basa la lealtad del consumidor. Luego apreciamos los beneficios que proporciona la marca, su funcionalidad con relación a las necesidades y deseos que satisface. Por último, consideramos los atributos del producto.¹⁸



C) Tipología de Marcas

Las marcas adoptan una gran variedad de formas y existen varios criterios de clasificación. La mayoría de las marcas registradas son de productos y de servicios. Estas últimas han tenido un amplio desarrollo en los últimos años, ante la creciente importancia del sector servicios en las economías.

La legislación de Uruguay admite la posibilidad de registro de las marcas colectivas y de las marcas de certificación y de garantía, como nuevas figuras.

• Las marcas colectivas

La marca colectiva es aquella usada para identificar productos o servicios provenientes de miembros de una determinada colectividad (Art. 38, Ley 17.011).

Las asociaciones de productores, industriales, comerciantes o prestadores de servicios, podrán solicitar el registro de marcas colectivas para diferenciar en el mercado los productos o los servicios de sus miembros de los productos o servicios de quienes no forman parte de dicha asociación (Art. 38, Ley N° 17.011)

¹⁷ Arnold D, ob.cit. pp. 17-23

¹⁸ Arnold, D, ob.cit. pp. 23-24

Sirven para distinguir el origen o cualquier otra característica común de productos o servicios proporcionados por empresas diferentes que utilizan la misma marca para comercializar sus productos.

Indican que quienes usan la marca colectiva son miembros de esa asociación y que tienen un determinado vínculo que puede ser de producción o de procedencia geográfica. Por ello, la marca colectiva es un instrumento de protección útil para productos originarios de un lugar geográfico que presentan características especiales como ser productos agrícolas y artesanales.

Pueden ser registrados como marcas colectivas los signos que no sean confundibles (directa o indirectamente) con otro signo ya registrado y los que no estén comprendidos en los artículos 4 y 5 de la Ley N° 17.011.

El titular de la marca colectiva es la asociación y los miembros de la asociación pueden utilizar la marca colectiva siempre que respeten las condiciones establecidas para su uso en el Reglamento creado a tales fines y que debe acompañar la solicitud de marca. Esta circunstancia es lo que hace posible que los integrantes de la asociación también usen sus marcas individuales junto con la marca colectiva, aumentando el valor y la imagen de la marca.

El Reglamento de uso deberá indicar (Art. 39 de la Ley N° 17.011)

- Datos de identificación de la asociación solicitante
- Personas autorizadas para utilizar la marca
- Las condiciones de afiliación a la asociación
- Las condiciones de uso de la marca
- Los motivos por los que puede prohibirse la utilización de la marca a un miembro de la Asociación.

Cualquier modificación en el Reglamento de Uso para que surta efectos contra terceros debe ser comunicado por el titular de la marca colectiva al Registro de la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial. Esto incluye otros cambios que se sucedan con relación a la marca (cambio de domicilio, de nombre, etc.) lo que será publicado en el Boletín de la Propiedad Industrial (Art. 39 de la Ley N° 17.011)

El reglamento de uso de la marca colectiva es un conjunto de normas de uso interno con impacto en la estandarización de los productos y servicios que identifica la marca, lo que asegura la calidad, la homogeneidad, la continuidad en la producción. Es un sistema basado en el autocontrol y la confianza.

El derecho sobre esta categoría de marcas se adquiere por el registro ante la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial. Este registro se concede por 10 años y es renovable indefinidamente por períodos iguales.

La marca colectiva puede ser cancelada de oficio por la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial o a petición de parte, cuando sea usada por el titular contraviniendo el reglamento de uso o cuando sea usada sólo por el titular o sólo por una de las personas autorizadas, pues en ambos casos no tendría sentido la existencia de la marca colectiva. (Art. 41 de la Ley N° 17.011)

La marca colectiva no puede ser transmitida a terceras personas, ni autorizarse su uso a quienes no estén oficialmente reconocidas por la asociación. (Art. 42 de la Ley N° 17.011) Tampoco puede licenciarse a personas distintas a las autorizadas por el titular, salvo disposición en Reglamento de Uso (Art. 42 del Decreto reglamentario)

Entre las ventajas de usar una marca colectiva podemos señalar:

- Elaboración de una estrategia común para dirigirse al segmento del mercado a que está destinada.
- Reducción de costos de creación de la marca, de publicidad y de promoción al compartir los gastos entre todos los miembros de la colectividad.
- Posibilidad de crear marcas fuertes, respaldadas por la estandarización de procesos y productos sobre la base de criterios de calidad.
- Se comparten costos de adquisición, mantenimiento y observancia de los derechos de propiedad intelectual de las marcas protegidas por la colectividad.
- Aumenta el poder de negociación en los canales de comercialización y distribución.
- Aumentan la posibilidad de ganar competitividad en menor tiempo y para un mayor número de empresas, derivada de la disminución de costos y de la promoción conjunta para dotar a la marca colectiva de personalidad propia.
- Aumentan las posibilidades de desarrollo económico local de determinadas colectividades
- Es un instrumento de comercialización adecuado para asociaciones de Pymes con escasos recursos por el ahorro en los costos.

Los pilares sobre los que se sustenta una marca colectiva son la asociatividad y el compromiso de los miembros en respetar las normas de uso de la marca, de manera de generar confianza y credibilidad en el consumidor.

Si la marca colectiva logra el posicionamiento buscado, los beneficios se obtienen para toda la asociación. Son el instrumento idóneo para establecer redes de cooperación empresarial con el objetivo de elaborar estrategias conjuntas para ganar en competitividad y economías de escala, romper el aislamiento que ha caracterizado a las Pymes y aumentar su poder de negociación para impulsar políticas de promoción y desarrollo.

- **Marcas de certificación o de garantía**

La marca de certificación o de garantía es el signo que certifica las características comunes, en particular la calidad, los componentes, la naturaleza, la metodología empleada y todo otro dato relevante a juicio del titular, de los productos elaborados o servicios prestados por personas debidamente autorizadas y controladas por el mismo (Artículo 44 Ley N° 17.011)

El titular de la marca de certificación o de garantía es un organismo estatal o paraestatal, competente para realizar actividades de certificación de calidad por cuenta del Estado conforme a sus cometidos, o una entidad de derecho privado debidamente autorizada por el órgano competente mencionado. (Artículo 44 Inc 2 Ley N° 17.011).

En principio, puede ser registrado como marca de certificación o garantía cualquier signo que cumpla con las condiciones de distintividad y fantasía, que no sea confundible directa o indirectamente con otro ya registrado, y que no esté comprendido en las prohibiciones de los artículos 4 y 5 de la Ley de Marcas). No pueden ser registradas como marcas de certificación o garantía las denominaciones de origen reguladas por la Ley. (Art.45)

La solicitud de una marca de certificación o de garantía deberá ser acompañada de un Reglamento de Uso que debe ser elaborado por el organismo público o paraestatal, o por la persona privada autorizada por el organismo competente.

El Reglamento de Uso, según lo establecido en el Artículo 46 deberá incluir:

- Requisitos de calidad, componentes, naturaleza, metodología empleada
- Otros datos relevantes sobre los productos elaborados o distribuidos, o los servicios prestados a juicio del titular.
- Las medidas de control a que se obliga el titular
- El régimen de sanciones por incumplimiento de los usuarios.

Cualquier modificación del Reglamento de Uso deberá ser comunicada al Registro de la Propiedad Industrial para su publicación en el Boletín de la Propiedad Industrial.

Todo usuario que cumpla con las normas del Reglamento de Uso y esté autorizado por el titular de la marca de certificación o de garantía tiene derecho a usar la marca. El no-cumplimiento del Reglamento de Uso será sancionado con la revocación de la autorización para usar la marca o con otras sanciones que establezca.

Las marcas de certificación o garantía permiten certificar o garantizar que los productos o servicios sobre las que se fija, cumplen con determinadas características, condiciones y cualidades a juicio del titular de la marca. El titular de la marca de certificación asume el compromiso de certificación.

Existe independencia entre el titular de la marca de certificación y las personas autorizadas a usarla en los productos o servicios que producen o comercian, que son objeto de control por el organismo habilitado. En esta independencia radica una de las fortalezas de las marcas de certificación o garantía, pues proporcionan al consumidor información calificada sobre el producto o servicio, que es un plus que puede generar una rentabilidad adicional si se trata de una calidad garantida.

Una segmentación del mercado basada en la diferenciación de productos con calidad garantizada o de acuerdo a determinados estándares, aumenta las posibilidades de acceder a nichos de mercados exigentes.

El derecho sobre las marcas de certificación se adquiere por el registro ante la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial. Tiene duración indefinida y a diferencia de las marcas colectivas, no se requiere solicitar su renovación. El derecho es inalienable y no puede ser objeto de gravamen o carga, embargo u otra medida cautelar o de ejecución judicial (Artículo 53 de la Ley N° 17.011)

Como norma básica, el titular de la marca de certificación no tiene derecho a usar la marca para productos o servicios producidos, prestados o comercializados por el titular de la marca (norma de la no-utilización por parte del titular). El incumplimiento de esta norma da lugar a la invalidez de la marca de certificación.

El registro se extingue por su anulación o caducará de pleno derecho en el caso de que la actividad de certificación no fuera atribuida a otra entidad ante la disolución o desaparición del titular de la marca de certificación o garantía. Disuelto o desaparecido el titular de la marca de certificación o de garantía, la activi-

dad de certificación pasará al organismo estatal o paraestatal, o persona privada autorizada a que se le atribuya la competencia del organismo disuelto o desaparecido, previa comunicación a la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial.

Las marcas de certificación o garantía son activos muy valiosos y fuente de ventaja competitiva pues están sustentadas en el respaldo institucional y en la confianza que representan en la mente del consumidor. Representan un colectivo de valores intangibles con sustento físico, en los productos diferenciados que identifican y distinguen. El mecanismo de asociación entre la marca y el producto, que en algunas categorías de marcas es más invisible aparece consolidado con más fuerza en las marcas de certificación.

- **Otros signos distintivos. Las indicaciones geográficas**

Una indicación geográfica es un medio que sirve para indicar el origen de los productos o servicios que identifica, en cuanto zona geográfica de producción o prestación del servicio, puede ser de un continente, de una ciudad, un accidente geográfico. Se utilizan para una amplia variedad de productos industriales o agrícolas como los vinos, los licores, los quesos, los dulces, el tabaco, etc.

En casi todos los países del mundo se admite el registro de los nombres geográficos como marca, siempre que no induzcan a error en cuanto al verdadero lugar de origen del producto o servicio que idéntica y no constituyan una denominación de origen.

La legislación nacional establece en su Artículo 73 que son indicaciones geográficas las indicaciones de procedencia y las denominaciones de origen.

Una indicación de procedencia es el uso de un nombre geográfico sobre un producto o servicio que identifica el lugar de extracción, producción o fabricación de determinado producto o prestación de determinado servicio. Por ejemplo: Hecho en Minas.

Las indicaciones de procedencia gozan de protección sin necesidad de registro para quienes las usan y pueden ser aplicadas para todos los productos o servicios producidos o prestados de la región, como complemento de la marca del producto o servicio. El uso de la indicación de procedencia está limitado a los productores y a los prestadores del servicio establecidos en el lugar. (Artículo 77 de la Ley N° 17.011)

Denominación de origen es el nombre geográfico de una país, una ciudad, una región, una localidad que sirve para designar un producto o servicio cuyas cualidades o características se deben exclusiva o esencialmente al nombre geográfico, incluidos factores naturales o humanos (Artículo 75 de la Ley N° 17.011) En este caso, el nombre del lugar se constituye en la denominación del producto que comienza a llamarse en el mercado con ese nombre. Por ejemplo: Cognac, Gruyere, Roquefort

La titularidad de las denominaciones de origen no corresponde a una persona u organización en particular, es el Estado quien concede el derecho a usarla a los productores que tengan su establecimiento en la región, localidad, conocida con el nombre de la denominación de origen protegida. Se exige para las denominaciones de origen el cumplimiento de ciertos requisitos de calidad.

La Ley N° 17.011 crea el Registro de Denominaciones de Origen.

Las denominaciones de origen pueden constituirse en un instrumento importante para el desarrollo de ciertas zonas geográficas que tienen condiciones de producción especiales derivadas de factores geográficos, condiciones de clima, de suelos, etc.

La utilización de denominaciones de origen puede traer beneficios adicionales a ciertas zonas productivas como el desarrollo de servicios de infraestructura física, logística de aprovisionamiento y servicios turísticos con el consiguiente impacto en el empleo y bienestar de la población. También puede dar lugar a acciones de merchandising y desarrollo de productos complementarios que sirvan para fortalecer el nombre de la denominación.

D) La gestión de las marcas por las empresas.

Una vez concebida la marca, es necesario convertir ese activo intangible en un derecho de propiedad industrial, mediante su registro en la oficina de propiedad industrial. De esta forma se evitará que terceros sin consentimiento del titular utilicen la misma marca en operaciones comerciales.

La gestión de marcas involucra acciones coordinadas de la empresa que van desde la vigilancia legal a la vigilancia del mercado. La primera es realizada por personas especializadas en aspectos legales (agentes de

propiedad industrial, abogados, etc.) la segunda, es recomendable que sea realizada por personas calificadas en marketing.

Desde el punto de vista del marketing, el proceso de gestión de marca comprende las siguientes etapas:

1. Análisis de las tendencias del mercado.
2. Análisis de la situación de la marca: sus fortalezas y debilidades
3. Predicción de futuros escenarios de competencia y metas de futuro
4. Estudio de nuevas ofertas a partir de pruebas de marketing
5. Planificación y evaluación del desempeño: objetivos, beneficios de la marca, disponibilidad en el mercado.

E) Estrategias de Marcas

La marca, por las múltiples posibilidades de aplicación que ofrece, la imagen del producto que genera y la posible lealtad que provoca en los consumidores, puede ser utilizada como un importante elemento de la estrategia de marketing.

La estrategia de marca incorpora básicamente dos variables: la configuración precisa de la oferta que se hace al mercado y los sectores a los que va dirigida. El proceso por el cual se establece un puente entre estas dos variables se llama posicionamiento y es la esencia de la estrategia.

Existen tres enfoques respecto al concepto de posicionamiento: posicionamiento de mercado masivo, posicionamiento por nichos o posicionamiento diferenciado.

En el posicionamiento de mercado masivo, el objetivo de la empresa es captar clientes de todos los sectores con la misma marca. En el posicionamiento por nichos, se ofrece una marca a un segmento específico. En el posicionamiento diferenciado se diversifica la oferta de marcas en cada segmento, lanzando nuevas marcas o extensiones de línea. Las empresas deben analizar las ventajas y desventajas de cada una de estas estrategias, teniendo claro que el objetivo es lograr una posición en el mercado que represente una ventaja competitiva sustentable.

Se distinguen seis alternativas básicas de estrategias al establecer la marca:¹⁹

1. Estrategia de marca única: consiste en poner la misma marca a todos los productos de la empresa aunque sean distintos entre sí.
Si la imagen de la empresa y de la marca es positiva, los nuevos productos sobre los que se coloca la marca se beneficiarán de ese prestigio y la publicidad beneficiará a todos los productos de la misma marca con la consiguiente reducción de costos en promoción y publicidad. Pero si alguno de los productos tiene dificultades de posicionamiento, o de mala imagen, o no hay asociación entre los productos actuales y el nuevo, estas connotaciones negativas podrían afectar al resto de los productos con la misma marca, por lo que la extensión de marca puede no ser aconsejable.
2. La estrategia de marcas múltiples es contraria a la anterior. Si bien existen mayores costos en promoción y publicidad, permite una mayor segmentación del mercado y llegar a un número mayor de consumidores. Sin embargo, se deberá vigilar que no se produzca lo que se denomina canibalismo, que es cuando una marca se come a otra de la misma empresa.
Por ejemplo, las marcas Opel, Chevrolet, Cadillac de General Motors.
3. La estrategia de segundas marcas. Pertenecen a empresas con otras marcas más importantes que con esta estrategia pretenden segmentar y ampliar el mercado alcanzando a otros segmentos diferentes a los que habitualmente se dirigen. Ejemplo de esta estrategia es la seguida por la empresa de relojes Omega, que además de los relojes con esta marca, ofrece otros con la marca Tissot.
4. Marcas del distribuidor. Son las marcas privadas o comerciales propiedad del distribuidor. La proporción de estas marcas aumenta en períodos de recesión, pues llegan al consumidor sin los costos de promoción y publicidad (ej: marcas de los supermercados).
5. Marca vertical es aquella marca que combina una fuerte identificación entre el producto y el concepto ambiente de tienda. Benetton y Zara son un ejemplo de esta estrategia.
6. Alianzas de marcas: son acuerdos entre marcas complementarias con el fin de reforzar su imagen y la percepción de su calidad.

¹⁹ Santesmases M, Marketing, Pirámide, Madrid, 1992, pp.-398-403

F) El valor de las marcas

Desde el punto de vista de consumidor la marca es el valor añadido que esta proporciona al producto y por el cual están dispuestos a pagar más. El Marketing Science Institute definió en 1989 el valor de la marca como "el valor añadido del nombre que es recompensado por el mercado con márgenes de beneficio o cuotas de mercado mayores. Los consumidores y/o distribuidores pueden ver el valor de la marca como un activo financiero y como un conjunto de asociaciones favorables y de comportamiento".²⁰

Por su parte, David Aaker,²¹ establece cinco categorías de activos que componen el valor de la marca, ellas son: la lealtad de marca, el reconocimiento del nombre o reputación, certificado de calidad percibida, asociaciones adicionales a la de calidad percibida como garantía de continuidad y disponibilidad del producto, otros activos en propiedad de la marca: marcas registradas, patentes, licencias, relaciones con el canal, etc.

Las marcas crean valor a las empresas en la medida que proporcionan márgenes más altos de ganancias (por precios más altos y disminución de la dependencia de promociones), fortalecen la posición negociadora ante los canales de comercialización y distribución, constituyen una barrera de entrada a nuevos competidores y proporcionan fidelidad de clientes.

La tendencia a valorar las marcas en los países desarrollados es creciente y se han propuesto varios métodos. En países como Gran Bretaña y Australia, las regulaciones contables permiten incluir el valor de las marcas en los balances corporativos. Uno de los métodos más conocidos es el creado por la firma Interbrand de Gran Bretaña, que para estimar el valor de mercado de una marca toma en cuenta siete criterios, ellos son: el liderazgo, la estabilidad, el mercado, la internacionalización, la tendencia, el soporte de la marca y la protección.

G) Promoción de marcas

A medida que se hace más difícil hallar un diferenciador distinto de imagen, reputación o personalidad, la promoción cobra mayor importancia.

La promoción es comunicación. Es el proceso por el cual se transmite la información del sobre el producto o servicio del vendedor al comprador con la finalidad de estimular la demanda.

La promoción es un instrumento esencial del marketing que permite dar a conocer la existencia del producto, sus características y atributos, las ventajas que ofrece y las necesidades que satisface. Resumiendo, la promoción tiene tres fines básicos: informar, persuadir y recordar.

Las actividades que incluyen la promoción son: la venta personal, la publicidad, las relaciones públicas y la promoción de ventas.

Tradicionalmente la publicidad ha desempeñado un rol muy importante en la formación del concepto de marca. Sin embargo, en los últimos años se han perfeccionado las promociones de ventas y han surgido otras formas alternativas como el correo directo, el telemarketing.

La revolución de las tecnologías de la información ha ampliado las posibilidades de comercialización y el E-Commerce gana terreno día a día, inaugurando figuras como el marketing de permiso. Allí también se está dando la batalla de las empresas por llegar a nuevos clientes, por lo que deberían existir condiciones apropiadas para una adecuada utilización de las tecnologías de la información por las Pymes.

En la actualidad, los consumidores son menos receptivos al marketing que hace 25 años, existiendo maneras de eludir el marketing y la publicidad; la respuesta táctica es para Santesmases "ser genuinamente diferente."

El método de promoción debe ser elegido en función de los productos y servicios ofrecidos y de los objetivos de la empresa. Los especialistas tienen mucho que hacer en el corto y en el largo plazo, con el objetivo de fortalecer la ventaja competitiva que se deriva de la imagen de marca en un contexto tan dinámico.

²⁰ Santesmases, ob.cit. Pág.396

²¹ Aaker D. The value of Brand Equity, Journal of Business Strategy, 13, N° 4, julio- agosto 1992, Londres, pp. 37-22

III LA PRODUCCIÓN ORGÁNICA

A) Definición

La agricultura orgánica es una de las corrientes del paradigma de desarrollo y agricultura sustentable. Según la definición del Codex Alimentarius “la agricultura orgánica es un sistema holístico de ordenación de la producción que promueve y mejora la salud del agro sistema, con inclusión de la biodiversidad, los ciclos biológicos y la actividad biológica del suelo. Hace hincapié en la utilización de prácticas de ordenación más que en el uso de insumos no agrícolas, teniendo en cuenta que las condiciones regionales requieren sistemas adaptados a cada lugar. Esto se realiza utilizando en lo posible, métodos agronómicos, biológicos y mecánicos, en lugar de materiales sintéticos, para desempeñar cualquier función específica dentro del sistema”.

Los términos biológico, ecológico se utilizan para definir a los métodos de producción orgánica.

El Departamento de Agricultura Orgánica de EEUU en 1984 lo define como “ el sistema de producción orgánica que evita o excluye ampliamente el uso de fertilizantes, pesticidas, reguladores del crecimiento y aditivos para la producción vegetal y la alimentación animal, compuestos sintéticamente. Tanto como sea posible, los sistemas de agricultura orgánica se basan en la rotación de cultivos, estiércol de animales, leguminosas, abonos verdes, residuos orgánicos de fuera del predio, minerales naturales y aspectos de control biológico de plagas para mantener la estructura y productividad del suelo, fortalecer los nutrientes para las plantas y controlar insectos, hierbas dañinas y otras plagas”.

La utilización de organismos genéticamente modificados no está permitida en ninguna de las etapas de producción, elaboración o manipulación. La etiqueta orgánica asegura que no se han usado OGM. Sin embargo, el avance de estos organismos en la agricultura convencional y su trasmisión en el medio ambiente, se considera un riesgo para la supervivencia de este sistema.

B) Calidad y certificación de alimentos

La preocupación por la calidad de los productos alimenticios es compartida por los consumidores y también por los empresarios, para quienes la mejora de la calidad se ha convertido en un instrumento de competitividad y penetración de mercado

El conocimiento y control eficaz de los procesos de producción desde el campo a la distribución es un requisito cada vez más solicitado en las transacciones comerciales internacionales.

Los atributos de calidad de los productos agroalimentarios son:²²

- La calidad sanitaria o inocuidad es un requisito básico que deben cumplir los alimentos. Se regula mediante normativas sanitarias y eEs generalmente controlada por el Estado para resguardar la salud pública.
- Las características de tipo nutricional y organolépticas de algunos alimentos y de las que está pendiente el consumidor informado que conoce las ventajas de una dieta equilibrada y saludable.
- Atributos de embalaje como materiales utilizados en el empaquetado, etiquetado y otra información suministrada.

La calidad que nos interesa, en función de la certificación, se refiere a los atributos de valor que diferencian a ciertos productos de los productos estándares. Estas características adicionales, en el caso de los productos orgánicos, están dadas por el proceso de producción y/o elaboración

Para garantizar que un producto alimenticio presente estos atributos existen sistemas de control, generalmente voluntarios y que consisten en que una entidad independiente del productor, la entidad certificadora, verifica y controla que el producto contiene los atributos de valor que pretende.

La verificación se constata con el sello, signo, marca o símbolo de calidad que indica que el producto y su proceso cumple con los estándares. El valor de esta marca está en el conocimiento y la confianza de los consumidores. Si la marca está posicionada en el mercado, es reconocida instantáneamente. Para que los sellos de calidad sean efectivos al mostrar atributos de valor diferenciadores de un producto, requieren de las siguientes condiciones:²³

²² Hooker, Caswell, 1995 citado por Alonso, Serrano, Alarcón, Pág. 181

²³ Tartanac Florence, Seminario Certificación y Marco Legal, Montevideo, 2001.

- Que el sello sea reconocido por el mercado objetivo del producto,
- Que el sello garantice que un organismo independiente controla y verifica la característica diferenciadora avalada por el mismo,
- Que la entidad certificadora sea reconocida como autoridad en la materia,
- Que el consumidor sea educado en los atributos diferenciadores que ofrece el producto,
- Que exista un mercado interesado en los atributos diferenciadores que ofrece el producto
- Que exista un mercado con capacidad de compra para pagar el valor agregado por el atributo de valor diferenciador correspondiente.

Los beneficios de un sello de calidad son, entre otros:

- consistencia y uniformidad del producto,
- reconocimiento y la confianza en el producto
- garantía de conformidad con estándares locales o internacionales
- incorpora un signo de valor a los productos
- mejora la diferenciación del producto en el punto de venta,
- inclinación de los clientes a productos certificados

La certificación se convierte en una herramienta de "ética", donde el productor se compromete a hacer todo lo que dice y también en una herramienta de manejo de la relación oferta y demanda.²⁴ Certificar un producto no sólo es la forma de acceder a un mercado, es la forma de crearlo, segmentando la oferta, diferenciando la producción.

La certificación de alimentos y de productos agropecuarios es un fenómeno cuya relevancia crece día a día, en respuesta a las demandas del mercado.

C) La certificación de la producción orgánica

Uno de los elementos esenciales que distinguen a la producción orgánica de otras formas de producción es la existencia de normas de producción y procedimientos de certificación. Al principio estas normas surgieron de asociaciones privadas, que habilitaban a sus miembros a usar las marcas y las etiquetas orgánicas. Estas asociaciones privadas formaron la Federación Internacional de los Movimientos de Agricultura Biológica (IFOAM), que estableció un conjunto de normas mínimas, ampliamente adoptadas por los productores.

El sello de IFOAM es una "marca" orientada al mercado en conformidad con el Programa de Acreditación de IFOAM, que es un servicio ofrecido a las agencias certificadoras. También muchos países han adoptado normas que regulan la producción, importación, comercialización y etiquetado de los productos, como los de la Comunidad Europea (Reglamento 2092/91), Estados Unidos (Normas Orgánicas Nacionales en vigor desde octubre de 2002), Japón (Ley de Normas Agrícolas Japonesas -JAS- del 1 de abril del 2001) y Canadá entre otros.

Un estudio de la FAO, señala que los reglamentos tratan fundamentalmente cuestiones relacionadas con el método de producción que se indica en las etiquetas. No definen las normas que rigen la utilización de marcas comerciales privadas o marcas de certificación.²⁵

En los países en desarrollo existen tres posibilidades para la certificación:

- La certificación para la exportación se realiza a través de organismos de certificación de los países importadores. La ventaja de esta alternativa radica en que el logotipo de la empresa certificadora es conocido por los consumidores, lo que genera confianza en el producto y mayores posibilidades de visibilidad y ventaja comercial en los mercados de destino. Sin embargo, tiene altos costos para los productores locales (gastos de inspección y traslados), por eso los organismos internacionales recurren a inspectores locales o a la creación de sucursales locales o regionales.
- La certificación puede ser realizada por organismos de certificación locales, si están acreditados por las autoridades certificadoras del país importador. La experiencia indica que la acreditación ha sido un proceso lento y difícil para las certificadoras locales.
- Debido a las dificultades de estas dos opciones, las certificadoras locales tienden a crear asociaciones con organismos de certificación internacionales logrando reducir costos, acceder a una marca de certificación internacional y fortalecer las capacidades locales.

²⁴ Tartanac, ob.cit.

²⁵ FAO, Los mercados mundiales de frutas y verduras orgánicas, pp.13-17

En América Latina el uso de sellos de certificación es incipiente. Entre los que existen, predominan aquellos destinados a mercados de exportación y otorgados por certificadoras extranjeras. Una de las dificultades de las certificadoras nacionales es que no cuentan con la acreditación internacional ISO 65, lo que impide su acceso a mercados de exportación.²⁶

D) Evolución del mercado en los últimos años. Algunos datos

En la actualidad, los países que cuentan con la mayor superficie dedicada a la producción orgánica son Australia, Argentina, Italia y Estados Unidos, Alemania, Reino Unido, Francia y Austria.

Países productores	Superficie (miles hs)
Australia	7.655
Argentina	2.900
Italia	1.040
Estados Unidos	544
Alemania	546
Reino Unido	472
Francia	371
Austria	272

Fuente: Centro de Comercio Internacional, FAO, 2001

La difusión de los sistemas de producción orgánica se está desarrollando en varios países de la Unión Europea. España lanzó un Plan Estratégico de Agricultura Ecológica, que incluye desde líneas de investigación y desarrollo hasta acciones de comercialización y promoción. Paralelamente, la Entidad Nacional de Acreditación ha puesto en marcha una campaña de vigilancia especial sobre la proliferación de marcas de certificación sobre productos agroalimentarios para evitar el mal uso de las marcas que se ofrecen en el mercado. En Austria se desarrollan programas interactivos entre productores y escolares, en Alemania se están produciendo cosméticos orgánicos y alimentos dietéticos.

Los principales mercados para productos orgánicos son los Estados Unidos, los países de la Comunidad Europea y el Japón, donde la demanda aumenta más rápidamente que la oferta y existen sobreprecios atractivos para los productos certificados.

Valor y cuotas de los mercados orgánicos (2000)		
Mercado	U\$S	Cuota estimada en %
Estados Unidos	8.000	1.5
Alemania	2.128	1.25-1.50
Reino Unido	986	1
Italia	978	1
Francia	846	1
Suiza	457	2

Fuente: CCI, FAO, 2001

El nicho para productos orgánicos en los Estados Unidos es un nicho que crece especialmente después del 11 de setiembre, porque el consumidor piensa cada vez más en la seguridad de los alimentos y va a seguir creciendo. El sector de los lácteos es el de mayor crecimiento²⁷ En esto influyen consideraciones relacionadas con el bioterrorismo, que han dado lugar a una revisión de los procesos

²⁶ FAO, Gira orgánica 2002

²⁷ Paul Savello, consultor MGAP

de seguridad, con impacto en la normativa de bio-seguridad de la producción y comercialización de alimentos.

En América Latina el movimiento no está desarrollado, se constatan experiencias en Argentina, Chile, Costa Rica, Nicaragua y Brasil.

En Argentina, las exportaciones de productos orgánicos han crecido a un ritmo de 30% anual, siendo los principales productos frutas frescas, cereales y oleaginosas y en menor medida, carne, lana, té, yerba. El 90% de la producción está en manos de pequeños productores con un máximo de cuatro empleados.²⁸ Algunos empresarios han adoptado una estrategia asociativa para llegar a los principales mercados. Un ejemplo de ello es la constitución de un consorcio de exportación para acceder al mercado de Japón de cuatro empresas, ellas son: Argentbio, Ecofarmers, Baeco y Olive Grove. Esa alianza les permite ofrecer una canasta de productos más completa así como reducir gastos de certificación y de promoción. Argentina es el único país de la región con certificación reconocida que puede vender en la Unión Europea. El plazo de esta habilitación ha sido extendido hasta el 30 de junio del 2008.

La producción orgánica en Chile es básicamente exportadora de frutas (aguacates, manzanas, kiwi y uvas) y su valor se ha cuadruplicado en los últimos siete años.

El mercado ecológico de Brasil crece a una tasa del 20% anual y se está desarrollando un proyecto para el desarrollo de este sector.

La falta de normativas estandarizadas es uno de los problemas en común a resolver para los productores de la región.

La información disponible sobre la evolución del mercado y volúmenes comercializados tiene carencias dado que las aduanas y los organismos reguladores no distinguen, entre los productos orgánicos y los convencionales, por lo que faltan los datos básicos necesarios para hacer proyecciones válidas sobre la evolución del mercado y los precios.

Un estudio realizado por FAO en el año 2000 revela las siguientes tendencias en el mercado mundial de productos orgánicos:

- el sector orgánico constituye un segmento de mercado especializado dentro del mercado de alimentos
- Las ventas anuales de productos orgánicos han aumentado a tasas anuales de 20 y 30% en los últimos años, fenómeno que no ha sido experimentado por los productos de la agricultura convencional.
- la demanda excede la oferta interna en la mayoría de los países
- significativo comercio de frutas y verduras orgánicas dentro de la Comunidad Europea
- se constatan sobrepuestos de los productos orgánicos con relación a los convencionales entre un 20% y un 40%

Existen varias razones que justifican el precio superior de los productos orgánicos con relación a los convencionales, entre ellos:

- oferta limitada con relación a la demanda;
- costos de producción más altos porque se requiere más mano de obra por unidad de producción y la diversidad de empresas no permite economías de escala;
- la manipulación post-cosecha de cantidades relativamente reducidas tiene un costo más alto en particular, en la elaboración y el transporte;
- la cadena de comercialización y distribución de los productos orgánicos presenta ineficiencias;
- Los precios de los productos orgánicos incluyen otros factores como por ejemplo: la promoción y protección del medio ambiente, mayor bienestar de los animales, la eliminación de riesgos por manipulación de plaguicidas, y el desarrollo rural.²⁹

Principales mercados y evolución de las ventas		
Mercados	Ventas millones U\$S	Crecimiento (1997-2001)
Europa	9.250	76%
EE.UU.	9.750	120%
Japón	350	133%
	Total ventas 19.350	% crecimiento 101%

Fuente: Biofach 2002

²⁸ El Pais Agropecuario, Año 8, N° 92, pp4-6

²⁹ www.fao.org/organica

El estudio de la FAO ha arribado a las siguientes conclusiones:

- A pesar que la cuota de alimentos orgánicos es pequeña en comparación con las ventas totales de alimentos (de 1 a 3%), constituye un nicho de mercado viable y algunas veces de valor añadido.
- El mercado integrado ofrece oportunidades para los productores orgánicos.
- La diferencia de precios puede obedecer o bien a costos más elevados de producción y distribución, o al mayor poder adquisitivo de los consumidores.
- La diversificación de cultivos de mayor valor, podría disminuir la vulnerabilidad de los países en desarrollo a los precios internacionales.
- Diversificación de canales de distribución: supermercados orgánicos, crecimiento de las ventas por Internet combinadas con ventas a domicilio, ventas de alimentos orgánicos a través de comedores públicos servicios de alimentación (catering) y de la oferta: envasado biodegradable de productos, alimentos orgánicos de fácil preparación, cosméticos, alimentos para bebés.
- Garantizar una oferta permanente aparece como uno de los principales escollos para la expansión del sector.

Otro estudio elaborado por la compañía de información empresarial Data monitor, con sede central en Londres³⁰ señala que la preocupación por la comida genéticamente modificada se convertiría en el principal pasaporte a los alimentos orgánicos y que si bien el alto precio relativo de los productos orgánicos podría constituirse en un obstáculo para la expansión del sector, la importancia de este factor en las motivaciones de compra estaría declinando.

La incorporación al sector de algunas firmas transnacionales como Mc Donald's, General Mills Heinz, Dannone, Nestle, genera la expectativa de mantenimiento de las tendencias de crecimiento del sector en los últimos años.

La tendencia en estos mercados constituye una motivación muy importante para pensar fuera de los commodities y vender productos diferenciados, con base a una estrategia de marcas. Sin embargo, la FAO aconseja a realizar un estudio de cada uno de los mercados considerando las tendencias, el perfil de los consumidores, los sistemas de distribución, los precios y las reglamentaciones vigentes, para tomar decisiones sobre reconversión a este sistema.

El 17 de diciembre de 2002 ha sido presentado el borrador de un plan de acción para agricultura orgánica al Consejo Ministerial de la Comisión Europea que incluye desvío de fondos para apoyar programas regionales, mejoras en el control de la admisión y armonización de importaciones. De aprobarse este plan, los potenciales exportadores deberán conocer cuáles son exactamente las nuevas condiciones del mercado europeo.

Teniendo en cuenta el contexto actual y que la agricultura orgánica está asociada a estrategias de desarrollo de la producción familiar de los pequeños productores, el Programa de la FAO para América Latina para el período 2002-2007 ha incluido las siguientes áreas de acción:

1. creación de redes de información sobre aspectos de producción, conservación, procesamiento, etiquetado y mercadeo de productos orgánicos, incluyendo información comercial de oportunidades de mercado,
2. apoyo a políticas públicas y a la toma de decisiones técnicas para sistemas orgánicos productivos y eficientes,
3. Asistencia técnica para realizar estudios sobre producción, certificación y comercialización de productos orgánicos certificados.

El objetivo de estas acciones es lograr la rentabilidad social, diversificando y estabilizando los ingresos rurales y la rentabilidad ambiental y agrícola del sistema.

IV. LA PRODUCCIÓN ORGÁNICA EN URUGUAY

A) Un poco de historia

En Uruguay, las primeras experiencias en producción orgánica datan de fines de la década de los 80, a partir trabajos realizados por la Facultad de Agronomía. Estos trabajos fueron continuados por ONGs y luego se extendieron a predios de pequeños productores hortícolas y frutícolas del sur del país. En Colonia Valdense un grupo de productores fundó la Cooperativa Agroecológica de Colonia, que comenzó a vender su producción primero localmente y luego en Montevideo, en la Feria del Parque Rodó.

³⁰ El País Agropecuario, Año 8 N° 87, 29.5.02, Pág. 36

En 1990, un grupo de productores agrícola- ganaderos pertenecientes a la Asociación Rural del Uruguay se interesó por el tema y en 1992 se creó en ese ámbito, la Sociedad de Consumidores de Productos Biológicos (SCPB), lo que dio mayor impulso al movimiento orgánico.

En 1993, las organizaciones no gubernamentales constituyeron la Mesa de Agroecología del Uruguay.

Las motivaciones que llevaron a ensayar este tipo de producción son varias: problemas con el manejo de cultivos de la agricultura convencional, dificultades para el abastecimiento de insumos derivados de su escala productiva, como forma de innovación, para mejorar los ingresos por el sobreprecio de venta, como concepción de filosofía o estilo de vida sana.³¹

En 1997, se creó la Asociación de Productores Orgánicos del Uruguay (APODU) que agrupa alrededor de 120 productores, en su mayoría pequeños productores, con un área promedio de 15 hectáreas, dedicados a cultivos de granja, destinados al mercado interno. Los productores de mayor tamaño, productores de carne para la exportación, no participan de la Asociación.

El impulso al movimiento se dio en 1997, cuando se comenzó a ejecutar el Programa Nacional de Producción Orgánica con el objetivo de promover la agricultura orgánica. El Programa es coordinado por el Programa de Reconversión y Desarrollo de la Granja del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca y la Agencia de Cooperación Alemana GTZ (PREDEGTZ).

El Comité de Coordinación del Programa está integrado por las siguientes entidades:

Programa de Reconversión y Desarrollo de la Granja (PREDEG)

Junta Nacional de Granja (JUNAGRA)

Instituto Nacional de Investigaciones Agropecuarias (INIA)

Facultad de Agronomía de la Universidad de la República,

Agencia de Cooperación Alemana (GTZ)

Asociación de Productores Orgánicos del Uruguay (APODU),

Mesa de Agroecología del Uruguay (ae)

Sociedad de consumidores de productos biológicos (SCPB)

Asociación Certificadora de la Agricultura Ecológica de Uruguay (URUCERT)

Frigorífico Tacuarembó, Frigorífico PUL, Vinos de la Cruz, Coopar S.A.

El PREDEG/GTZ realizó este año un llamado para presentar planes de negocios sobre producción orgánica con la idea de apoyar a los productores a planificar e integrarse con mejores posibilidades a los circuitos comerciales

Los productores orgánicos han promocionado sus productos en la feria rural de la Expo Prado de los años 2001, 2002 y 2003. En el mes de junio de 2003, tuvo lugar la Primera Semana del Uruguay Orgánico, que fue organizada como una actividad de difusión hacia el consumidor y de intercambio de experiencias.

Los esfuerzos para promover y consolidar la producción orgánica como estrategia de desarrollo sustentable y la formación de alianzas estratégicas han dado por resultado la formación del Movimiento Uruguay Orgánico. Se trata de una asociación civil formada por productores, agroindustriales, técnicos, comercializadores, proveedores de insumos y representantes de asociaciones no gubernamentales de todos los sectores. Este movimiento cuenta con el apoyo de organizaciones internacionales como IFOAM.

La Comisión Directiva del Movimiento Uruguay Orgánico está constituida por: Rafael Tellería como presidente (Frigorífico Tacuarembó), Mauricio Vives (APODU), Celia Wohlwend (Celana), Paulo Sosa (Coopar), Alfredo Abascal (APODU), Daniel Bentancur (Grupo Punto Verde) Keiko Hikichi (asesora técnica), Santiago Revello (Frigorífico Pul) y Margarita García (asesora técnica).

Los objetivos específicos del Movimiento Uruguay Orgánico son:

- Defender la producción orgánica.
- Lograr una legislación nacional sobre producción orgánica:
- Promover y defender la credibilidad y transparencia de los procesos de producción orgánica.
- Incidir en políticas públicas promoviendo y difundiendo la producción orgánica al nivel de gobierno, educación e investigación.
- Promocionar y fomentar la producción y consumo de productos orgánicos al nivel de mercados nacionales e internacionales.
- Formar opinión favorable sobre la agricultura orgánica en la sociedad.
- Promover vínculos con organizaciones internacionales de producción orgánica.
- Gestionar apoyo a la producción orgánica (financieros, capacitación, investigación, tecnologías, divulgación) a través de alianzas estratégicas
- Facilitar y asegurar la comunicación entre los movimientos sin exclusiones.

³¹ Gira de Estudios FAO- ONG/OSC, Agricultura Orgánica, Uruguay-Chile, 4-8/11/02

B) Situación actual del sector

En Uruguay existen condiciones naturales para la producción orgánica, como la riqueza de recursos naturales muy poco modificados por la mano del hombre, es el sexto país mejor posicionado en el mundo en el índice ESI (Environmental Sustainability Index) en el año 2002, la mayor proporción de suelos productivos con relación a su superficie: 87%, entre otras. Además, existe un grado importante de coordinación institucional entre el Estado, empresarios, certificadoras, ONGs, OSC, y la cooperación internacional.

El marco legal de la producción orgánica está contenido en los Decretos 360/992, 19/993 y 194/999, que determinan las condiciones de producción y habilita a las organizaciones encargadas de la certificación.

Para evaluar el estado de situación de la producción orgánica y contribuir a su promoción con miras al crecimiento del sector, en el año 2002 el PREGDEGTZ hizo el primer relevamiento de oferentes de productos orgánicos y servicios relacionados. Este relevamiento se consolidó en la edición de la Guía Orgánica Uruguay 2002.

La Guía Orgánica sistematizó información relacionada con producciones, productores que voluntariamente respondieron a la convocatoria, certificación, comercialización y servicios asociados. La información ha sido actualizada en el año 2003, logrando mayor poder de convocatoria.

De acuerdo a este relevamiento, el total de productores orgánicos en el año 2002 ascendía a 438, de los cuales 334 estaban certificados y 104 sin certificar. El área ocupada por la producción orgánica ascendía a casi 250.000 hs. distribuidas de la siguiente manera:

Rubro	Superficie certificada	Superficie s/ certificar	Total
Ganadería	243.496,5	2.108,0	245.604,5
Citricultura	500,00	0,0	500,0
Horticultura	315,60	29,6	345,2
Fruticultura	305	1,0	306,0
Agricultura intensiva	302,0	1,0	303,0
Lechería	63,00	143,4	206,4
Viticultura	16,50	0,00	16,5
Animales granja	2,0	5,0	7,0
Hierbas aromáticas	0,9	0,2	1,1
Otros	0,0	1,7	1,7
Total	244.983,3	2.295,9	247.279,2

En ganadería, el número de animales o de colmenas orgánicas era el siguiente:

Rubro	Certificados	S/ certificar	Total
Vacunos /lanares	508.688	466	509.154
Colmenas	11.629	3.204	14.833
Animales lechería	935	134	1.609
Animales granja	764	2.890	3.654

La expansión que ha tenido esta producción en los últimos años se debe a los programas de producción de carne orgánica para la exportación, ejecutados por los Frigoríficos PUL y Tacuarembó. Otros rubros ofrecen de gran potencial y que están destinados a la exportación son el arroz (+ del 90%) y la miel (+70%),

En cuanto a la localización geográfica de los productores orgánicos, su distribución es la siguiente:

Zonas	N ^a productores certificados
Ganadería norte	251
Canelones	33
Florida	17
Durazno	11
Maldonado	4
Colonia	3
Paysandú	1
Arrocera	3
Total	334

El 76 % de las producciones está certificada por las certificadoras nacionales, y se han realizado alianzas estratégicas para la exportación de carne con SKAL y de miel con AGRECO.

El mercado interno de productos orgánicos está poco desarrollado, lo que según opinión de productores se debe tanto a la falta de conciencia sobre problemas ambientales por la percepción de que se vive un país natural, como a la falta de promoción de sus ventajas desde el punto de vista del consumidor. Si bien la producción orgánica es consistente con la imagen de País Natural que se intenta promocionar, esta es incompatible con el uso de transgénicos y de algunos plaguicidas de amplia difusión en la agricultura convencional y que están prohibidos en otros países del mundo (insecticida clorado Mirex). Este es un punto que preocupa a los productores.

Hasta la fecha se han realizado dos estudios sobre Producción Orgánica. Uno sobre canales comerciales y venta de productos realizado en el año 1999, por la consultora CONSUR. Este estudio reveló que la venta en supermercados y el sistema de canastas eran los canales más importantes.

Canal comercial	Venta anual (miles U\$S)	Porcentaje de ventas
Grandes superficies	660	58
Canastas	288	25
Ferias	108	10
Otras formas (ej: en predio)	84	7
Total estimado	1.140	100

Fuente: Estudio de Mercado de Productos Orgánicos. Consur, 1999

En el año 2003, a través del Programa PREDEG/GTZ, encargó un estudio a la consultora Equipos Mori sobre "Producción y Comercialización de Productos Orgánicos en el Uruguay". Según este estudio, el mercado de productos orgánicos superará los 1.300.000 dólares, representando un incremento del 15 % con relación al estudio de CONSUR.

En cuanto a las exportaciones, otro estudio realizado por la consultora Weco Consult GmbH, reveló que estas llegaran a los 4 millones de dólares en el presente año.

La venta en supermercados, es el canal principal, ofreciéndose en los locales de Tienda Inglesa, Devoto, Disco y Geant, ubicados en la franja costera de Montevideo, de nivel socioeconómico medio alto

El sistema de canasta fija o personalizada se desarrolla en la ciudad de Montevideo y en la Costa de Oro de Canelones. La canasta fija está predeterminada por el oferente y la canasta personalizada está formada por los productos que selecciona el consumidor. La canasta típica incluye varios rubros: lácteos, frutas, hortalizas, miel, aromáticas, dulces.

Con el objeto de promocionar en forma conjunta la producción orgánica de Uruguay, el Programa PREDEGTZ auspició la participación de empresas en la feria Biofach 2003 (Nuremberg), la más importante de productos orgánicos del mundo. La presencia de los frigoríficos PUL y Tacuarembó, de Cooper S.A., bodegas Vinos de la Cruz, Urimpex y Grupo Punto Verde fue apoyada por la Agencia de Cooperación Alemana GTZ, el Instituto Uruguay XXI, la embajada de Uruguay en Alemania y Eurocentro Uruguay con el Programa Al Invest de la Unión Europea.

El fenómeno de las huertas orgánicas se está difundiendo entre los pequeños productores familiares de la zona rural del Departamento de Montevideo, con el apoyo de la Unidad de Montevideo Rural de la Intendencia Municipal. El programa incluye actividades de información, capacitación y apoyo organizativo para experiencias de producción y comercialización. También, la Fundación Logros está impulsando un programa de huertas orgánicas en escuelas del Dpto. de Montevideo.

C) Certificación de la Producción Orgánica

En Uruguay existen dos certificadoras nacionales que trabajan para el mercado interno: la Sociedad de Consumidores de Productos Biológicos (SCPB) y la Asociación Certificadora de la Agricultura Ecológica de Uruguay (URUCERT).

En opinión de la Ing. Marta Claudio, la debilidad de las certificadoras nacionales proviene de la pequeñez del mercado local y de las dificultades para aspirar a la acreditación internacional de la ISO 65. La solución estaría o bien en una estrategia asociativa de las certificadoras nacionales con las internacionales, o bien en la asunción de los costos de la certificación en forma conjunta. Para la Dra. Jutta Krause, coordinadora del Proyecto PREDEGTZ la estrategia debería apuntar a una certificación conjunta en el plano regional para tener más fuerza en el comercio exterior.

- **Sociedad de Consumidores de Productos biológicos (SCPB)**

Fundada en 1992, sus actividades se enmarcan en la gremial de la Asociación Rural del Uruguay (ARU). Es el primer organismo nacional de certificación y control de productos biológicos u orgánicos, habilitado por el Decreto N° 360/ 992 del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca.

El sistema de certificación de la SCPB está basado en normas para la producción vegetal y animal que recoge los estándares de normas internacionales, de IFOAM y de la Comunidad Europea (Reglamento CE N°2091/92. Además, establece un listado de productos permitidos y de productos prohibidos, requerimientos para el etiquetado, transporte y comercialización y un sistema de inspección.

El Comité de Certificación que crea, otorga avales de garantía de producto natural, de producto biológico en reconversión, de producto recomendado y de producto biológico. El aval de producto biológico se concede a los productos provenientes de la Agricultura Biológica u Orgánica.

La SCPB es miembro de IFOAM (Federación Internacional de Movimientos de Agricultura Orgánica) e integra el Comité Orgánico del Proyecto de Agricultura Orgánica de PREDEGTZ.

La SCPB ha certificado 5.700 hectáreas en los rubros agrícola-ganadero, hortícola y vitivinicultura y participó en los primeros proyectos de exportaciones en la década de los 90.

Entre las empresas certificadas por la SCPB se encuentran el Grupo Punto Verde, bodegas Vinos de la Cruz y Cooper S.A

En la actualidad, tiene como objetivo conseguir la homologación en otros mercados, mientras tanto ha establecido un acuerdo con SGS International que está habilitada en los principales mercados orgánicos.

La SCPB tiene protegida su marca (N° 277091), como marca mixta SCPB- ARU, en la clase 29, con vigencia hasta el 16/06/07. Cuando fue solicitada, el 24 de abril de 1995, la legislación nacional no tenía prevista la protección de marcas de certificación, de ahí su protección como marca común y no como marca de certificación.

- **Asociación Certificadora de la Agricultura Ecológica de Uruguay (URUCERT)**

Los antecedentes de URUCERT se ubican en las normas elaboradas por la Mesa de Agro- ecología, a partir de consultas efectuadas con productores orgánicos, en el año 1994.

URUCERT fue creada en 1997 por ONGs, la Comisión Nacional de Fomento Rural y grupos de productores orgánicos y fue habilitada para realizar actividades de certificación por el Decreto N° 194/999, del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca.

Ha certificado a más de 60 productores familiares en los rubros horticultura y fruticultura, plantas aromáticas y medicinales, apicultura y lácteos, cuya producción se comercializa en el mercado interno y también a producciones destinadas a la exportación, mediante alianzas estratégicas con certificadoras acreditadas en los mercados más importantes como la SGS.³²

³² Gómez A "Seminario: Mercados, cadenas de distribución y exportación de productos orgánicos, PREDEGTZ, Montevideo, 22/10/02".

URUCERT utiliza un sello de certificación que es mixto.

En virtud de que se trata de una entidad privada autorizada para realizar actividades de certificación por un organismo estatal, se recomienda que presente una solicitud de marca de certificación, en la clase 42. La solicitud deberá estar acompañada de un reglamento de uso que cumpla las condiciones establecidas en Artículo 46 de la Ley de Marcas N° 17.011, elaborado por la entidad privada para su presentación ante la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, que verificará su adecuación a las normas legales.

- **Société Generale de Surveillance Certificadora (GRUPO SGS)**

Es una certificadora internacional que inició sus actividades en 1878 en las áreas de verificación, análisis y certificación de procesos y productos.

En lo que respecta a certificación orgánica, el Estándar Orgánico Global de SGS comprende las siguientes normas: CEE 2092/91, estándar básico de IFOAM, Codex Alimentarius, principios de las normas ISO 9001 y 14001, SQF 2000, estándar de USDA (USA) y de JAS (Japón). El Estándar SGS de producción orgánica está acreditado en Estados Unidos (USDA), Comunidad Económica Europea (RvA Holanda) y en Japón (MAFF).

SGS se instala en Uruguay en 1948 y ha certificado las producciones de arroz blanco y parboilizado, harina de arroz, uva y vino, de la industria frigorífica y de productores ganaderos bajo esquemas individuales y grupales.

La certificación asegura el cumplimiento de regulaciones locales e internacionales, la consistencia y uniformidad del producto, incorpora integridad y confianza al sistema, acelera el reconocimiento y confianza en un producto, permite marcas en los productos, por lo que los clientes se inclinarán por productos certificados.³³

SGS tiene marcas de servicio registradas, mediante agente de propiedad industrial, en las clases 35 y 42, como marcas mixtas.

V. PRINCIPALES RUBROS DE PRODUCCIÓN ORGÁNICA

A) CARNE

El sector cárnico ocupa el primer lugar de las exportaciones pero el potencial exportador ha sido limitado por los problemas sanitarios derivados de la aftosa. En el año 2003 se han recuperado algunos de los principales mercados.

Desde mediados de la década de los 90 existe consenso en la cadena cárnica de que la oferta deberá orientarse hacia una demanda cada vez más exigente en cuanto a seguridad alimentaria, bienestar animal y sustentabilidad. Si se continúa vendiendo productos no diferenciados en el mercado de los commodities, donde la identidad, el origen y la calidad de los productos no se conocen, la rentabilidad será difícil de mantener por la tendencia a la baja de los precios. La mayor oferta de carne uruguaya exportable se orienta hacia la industria y la carne que va directamente al consumo en términos generales carece de diferenciación.³⁴

Va ganando terreno una estrategia que consiste en encontrar nichos de mercado donde la presentación, la calidad intrínseca del producto y los usos a que será destinada, permitirían variaciones en el precio. Esta estrategia ha sido impulsada por el Instituto Nacional de Carnes con su programa de carne natural y por los proyectos de producción de carne orgánica.

En este nuevo enfoque, la valorización de la carne podría lograrse a través del reconocimiento de orgánico o natural de producción, o de carnes kosher, o a través de marcas (Hereford, Angus, Nirela Premium lamb).

La carne producida en condiciones orgánicas está destinada exclusivamente a la exportación, pero allí existen una serie de obstáculos: se trata de mercados muy regulados, con cuotas y subsidios y donde los obstáculos no arancelarios como las normas de salud de plantas y de animales, la inocuidad de los alimentos, la certificación, entre otras, dificultan las condiciones de acceso. Existen expectativas favorables de los productores orgánicos con relación a las exportaciones, pero señalan la necesidad de hacer un estudio sobre los mercados, de los canales de comercialización (restaurantes, supermercados o cadenas de productos orgánicos), así como de los patrones de consumo.

³³ SGS en Seminario Certificación y marco legal: Requisitos claves para exportar productos orgánicos, 4/07/02

³⁴ reportaje a Fernando Secco, en Economía&Mercado, El País, 7/01/02, pp.4-5

Una de las debilidades del sector agro-exportador de productos cárnicos es la dependencia de los intermediarios (brokers) para el conocimiento de los mercados.

El proceso de innovación iniciado en la cadena cárnica persigue el objetivo de mantener y desarrollar nuevos mercados de exportación, pues los empresarios estiman que es difícil que se incorpore la carne a la canasta de productos orgánicos del mercado doméstico.

Existen condiciones que permiten la implementación de la producción orgánica en el sector, entre otras:

- El predominio de los sistemas de producción extensiva de carne,
- El 90% de las pasturas son naturales,
- El país está libre del mal de la vaca loca,
- Tecnologías disponibles de bajo costo y agregado de insumos,
- Habilitación de las plantas frigoríficas para la exportación,
- Índice de sustentabilidad ambiental

El proyecto de producción de carne orgánica articula tres componentes: la investigación y desarrollo, los frigoríficos y los productores, de tal forma que toda la cadena cárnica queda integrada en el sistema. Así participan el Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria (INIA), el Frigorífico PUL, el Frigorífico Tacuarembó y el Frigorífico Matadero Pando, que se incorporó este año.

Este proceso de integración vertical implica varios desafíos: definir un sistema de etiquetado y trazabilidad que permita la identificación del producto a lo largo de toda la cadena, la coordinación entre productores y frigoríficos en el manejo e intercambio de información, la determinación de los atributos de calidad deseados y por lo tanto, el conocimiento de las condiciones de la demanda.

El Programa cuenta con la certificación de la certificadora internacional SKAL International, con sede en Holanda.

El proceso de certificación de la producción se inicia en el predio que debe pasar por un proceso de reconversión por el uso anterior de insumos no admitidos, por lo que las pasturas deben ser regeneradas. Existen requisitos para la ingesta, el manejo y la salud animal. La certificación de carne orgánica es más costosa que la de carne natural.

La certificación además de generar confianza, permite la oferta de un producto diferenciado, garantiza la seguridad alimentaria en toda la cadena, estandariza el sistema de producción, permite la trazabilidad de toda la cadena.

Un estudio de CLAES,³⁵ analizó las exigencias de carne orgánica establecidas por la Federación Internacional de Agricultura Orgánica, observando que en Uruguay ya se cumplen, o son fácilmente alcanzables, 26 condiciones sobre un total de 31.

Para el Ing. Agr. Carlos Mas, coordinador del proyecto de carne orgánica del Instituto de Investigación Agropecuaria (INIA), "la carne debe ser un producto descomoditizado, diferenciado y certificado... La diferenciación y certificación de nuestros productos exportables deberían ser considerados una urgencia, antes de que se conviertan en una emergencia".³⁶

El Frigorífico PUL está ubicado en la ciudad de Melo, Departamento de Cerro Largo y posee una importante cartera de clientes y proveedores. Fue el primero en interesarse en este sistema, en 1998, a partir (de la demanda de un importador europeo. En el año 2000 concretó un convenio con el Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria para iniciar la producción con la certificación de los primeros 27 productores. En el año 2001 se creó el servicio de extensión para productores orgánicos. En enero del año 2003 están integrados al Frigorífico PUL 140 productores certificados, con 361.840 hectáreas, 258.452 vacunos y 299.515 ovinos

En cuanto a las ventas de carne orgánica, PUL concretó el primer negocio de exportación en el año 2001, de 20 toneladas de carne ecológica certificada con destino a Inglaterra. En el año 2002 los destinos se diversificaron hacia Italia (82 toneladas con diferencial de precio de 10 -12%), Holanda (16 toneladas con diferencial de precio de 8-10%) y a Brasil (154 toneladas sin diferencial de precio). La carne se exporta sin marca, con el sello de la certificadora.

Para el Sr. Andrés Castrillejo (PUL) la selectividad del mercado cárnico impide el traslado de valor al productor, pues a pesar del sobreprecio (25 a 30% del convencional) los importadores prefieren sólo algunos pocos cortes del trasero. La oportunidad estaría en vender los delanteros a firmas que fabrican alimentos para niños.³⁷

³⁵ citado por Eduardo Gudynas, Claes

³⁶ El País Agropecuario, Año 8, N° 85, 27/03/02, pp. 12-14

³⁷ El País Agropecuario, Año 7, N° 8, 29/08/01, Pág.7

El Frigorífico PUL tiene marca protegida por registro, ante la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, mediante agente de propiedad industrial. Se trata de una marca mixta, para la clase 29 de la Clasificación Internacional de Niza.

El Frigorífico Tacuarembó está ubicado en el Departamento de Tacuarembó, en el centro del país, en una zona de gran concentración de la producción ganadera. Inició su actividad en el año 1960 y cuenta en la actualidad con 750 empleados. Es una industria frigorífica dedicada a la faena y venta de carne y subproductos, tanto en el mercado interno como en el externo. Sus niveles de faena llegan a las 170 mil cabezas al año y su comercialización está entre 55 y 75 millones de dólares.

Los principales mercados de exportación de Frigorífico Tacuarembó son Estados Unidos, Canadá, Unión Europea, Chile, Corea, Japón, Israel, además de Argentina y Brasil y posee todas las habilitaciones necesarias para ello. Ha realizado alianzas estratégicas con Mc Donald's y otras empresas. Integra la Asociación de la Industria Frigorífica del Uruguay (ADIFU).

La empresa inició en el año 2001 un Proyecto Ganadero para la producción de carne orgánica, coordinado por el Ing. Agr. Rafael Tellería Arias y un Comité de seguimiento integrado por Frigorífico Tacuarembó y cuatro productores.

Los predios de productores que participan de este proyecto se encuentran en los departamentos de Artigas, Salto, Paysandú, Rivera, Tacuarembó, Durazno y Cerro Largo.

Las pautas seguidas para la producción orgánica de carne son los Reglamentos 2092/91 y 1804/99 del Consejo de la Unión Europea, los Estándares básicos de IFOAM y los protocolos de certificación de SKAL International.

En el Programa 2003 certificado participan 132 productores, que ocupan 380.932 hectáreas, 244.419 cabezas de ganado bovino y 350.782 cabezas de ganado ovino. El promedio por productor es de 286 hectáreas, 1.852 bovinos y 2.657 ovinos.

El objetivo del Frigorífico Tacuarembó es la integración vertical del establecimiento pero mantiene interrelaciones estrechas con los productores en cuanto a capacitación en el manejo predial y control del pastoreo, para lograr la sustentabilidad de la productividad.

Frigorífico Tacuarembó concretó negocios de exportación de carne orgánica a países como Suecia e Italia, que superaron las 240 toneladas.

La empresa participó también en la experiencia piloto de producir zapallo orgánico conjuntamente con el Grupo Punto Verde, con destino a Italia. Este proyecto involucró a 13 productores (horticultores y ganaderos) en dos zonas de producción (Canelones y Tacuarembó).

La empresa no identifica ni distingue la carne orgánica con una marca, sólo la diferencia con el sello EKO, otorgado por la certificadora SKAL.

El Frigorífico Tacuarembó S.A. tiene marca protegida por el registro ante la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, en la clase 29, mediante agente de propiedad industrial. La marca es mixta.

Hasta mayo del año 2003, los emprendimientos de carne ecológica certificada en todo el país incluyen a 272 empresas agropecuarias, con un total de 742.772 hectáreas y 502.871 cabezas de bovinos y las exportaciones son a Brasil y a la Unión Europea.

Para la producción agropecuaria, la producción orgánica de carne es una oportunidad de romper la concepción tradicional de la homogeneidad de producción. Es una forma de producir diferenciada, pues los requisitos para este sistema de producción son parte intrínseca de la identificación y etiquetado del producto, así como la declaración de sus propiedades atribuidas. Esto demuestra que es posible agregar valor aún produciendo commodities.

Los atributos físicos, con valor agregado real y sustentados con el sello certificador pueden fortalecerse con una identificación de marca, de esta forma tendremos un producto único, con un valor adicional, el valor de la marca.

La estrategia de marca colectiva es una opción adecuada para los productores orgánicos de carne, que están agrupados en torno a los dos Frigoríficos que lideran el programa. Se sugiere una marca colectiva mixta para la carne producida en condiciones orgánicas, en la clase 30, previa búsqueda de antecedentes. Los beneficios de esta estrategia son múltiples:

- Está basada en la asociación de los productores que utilizan las mismas técnicas de producción que permiten un producto homogéneo, de calidad, con trazabilidad y seguridad.
- Se combinan factores comerciales, humanos, medioambientales y técnicos para conseguir un producto de calidad con identidad, reputación e imagen distintiva en el mercado de exportación.
- Determina una imagen única para este producto con el objetivo de acceder a un nicho de mercado en crecimiento, con un producto diferenciado

- Puede mejorar la competitividad de las Pymes, por la reducción de costos en cuanto adquisición, mantenimiento y observancia, como por la disminución de la inversión en publicidad y promoción que es compartida.
- Conjuntamente con la marca colectiva los Frigoríficos PUL y Tacuarembó pueden utilizar sus marcas privadas, fortaleciéndolas con el sello de la certificación y la marca colectiva.
- Se pueden aprovechar mejor las oportunidades comerciales al unificar la capacidad de producción y sustentar una oferta permanente.

En la hipótesis de una estrategia de marca colectiva para la carne orgánica exportada a la Unión Europea, debería buscarse su protección como marca comunitaria.

B) MIEL

Las exportaciones de miel de abeja del año 2002 totalizaron un volumen físico de 9.980.648 kilos y un valor FOB de 15.368.789 dólares y la información relativa a la miel orgánica no está desagregada en estas cifras. Los principales destinos fueron Estados Unidos, Alemania, Bélgica y Reino Unido.³⁸

La coyuntura favorable de mercados y precios internacionales determinó una fuerte exportación de la miel ecológica y no ecológica con destino a esos mercados, provocando escasez en el mercado doméstico y suba de precios.

De acuerdo a la Guía Orgánica 2002, existen en Uruguay un total de 14.833 colmenas dedicadas a la producción orgánica, de las cuales están certificadas 11.629 y sin certificar 3.204.

Los Departamentos de Florida y Durazno, en el centro del país, agrupan el mayor número de productores, 17 en Florida y 11 en Durazno, si bien existen otros apiarios en el país que trabajan con la Central Apícola Cooperativa, que comenzó más tarde con este tipo de producción.

1. URIMPEX y el Grupo Apícola de Durazno

La experiencia de producir miel orgánica surge de la iniciativa de Urimpex S.A., una pequeña empresa familiar, fundada en 1947, en la que trabajan sólo seis personas y que fue pionera en el año 1971, en la exportación de miel convencional.

Hoy la empresa es también pionera en la exportación de miel orgánica, razón por la cual en el año 2002 recibió el Premio Especial a la Exportación Innovadora, otorgado por la Red Propymes, por su ingreso al mercado de Irlanda.

Urimpex se ubica en el tercer lugar de empresas exportadoras de miel, con un volumen total que llegó a 977.788 de kilos y U\$S1.557.605 de valor FOB en el año 2002.³⁹

En el año 1998, y ante la demanda de una comercializadora de Alemania, la empresa decidió iniciar esta experiencia con productores del Departamento de Durazno, con quienes tenía vínculos desde hacía más de 20 años. De los cuatro productores iniciales, en el año 2001 son 11 los integrados al sistema, totalizando 4000 colmenas.⁴⁰

La producción de miel orgánica está certificada por la certificadora AGRECO de Witzhausen-Gertenbach, Alemania, que es miembro de IFOAM.

Las principales exigencias para la certificación de la miel orgánica se refieren a la ubicación de las colmenas, en campos totalmente naturales, alejados del tránsito carretero y de las tierras de cultivo, porque el producto debe estar libre de agroquímicos. Su cuidado sólo permite el uso de sustancias naturales, como esencias de plantas, pues está totalmente prohibido el uso de medicamentos obtenidos por síntesis química. Además, la planta procesadora de la miel debe cumplir con estrictas condiciones de higiene, lo que debe inspeccionarse y certificarse.

En esta producción, también se da un proceso de integración vertical entre productores y procesador-comercializador, de manera de asegurar la trazabilidad del producto, resguardando la calidad y garantizando el cumplimiento de las condiciones en todas las etapas de la cadena.

Una de las características de los productores, es que no son propietarios de la tierra en la que colocan sus colmenas. Por lo general, son trabajadores urbanos del sector servicios o de la administración pública, con

³⁸ Infocoex, LATU, Gerencia de Comercio Exterior

³⁹ Infocoex, LATU, Gerencia de Comercio Exterior

⁴⁰ El País Agropecuario, Montevideo, Año 7, N° 78, Pág. 7, 29/08/01

un nivel de educación media, que se dedican a la apicultura en su tiempo libre. Su conversión del método tradicional al método orgánico no supone una inversión muy costosa, pero sí la aplicación de técnicas diferentes para obtener la certificación.⁴¹

El nicho de mercado de la miel orgánica es muy exclusivo y de alto poder adquisitivo, los sobrepuestos alcanzan un 30% del producto convencional, por lo que es posible atender la demanda con volúmenes de pequeña escala.

La exportación de miel orgánica se realiza a granel, en tambores de 200 litros que son llenados directamente por cada apicultor. No es posible el envase fraccionado por el proceso que demanda y por la carencia de stock de envases de vidrio.

Urimpex no posee marca comercial para identificar sus productos: propóleos, cera y miel, aunque "sabe de la importancia de la marca". Tampoco utiliza marketing para promocionar sus productos pero el uso de Internet, la presencia en la feria mundial de apicultura bi-anual y "mucho perseverancia", han permitido consolidar una relación estable con sus compradores del exterior (fundamentalmente de Alemania y Reino Unido)

Los problemas de comercialización que se mencionan son:

- Las dificultades de acceso al mercado de la Unión Europea por barreras no arancelarias sobre certificación, de la reglamentación comunitaria, de la reglamentación de cada país y de las exigencias de las certificadoras internacionales.
- Los subsidios a la producción que operan a la baja del precio de los productos de terceros países. En el año 2002 el precio de la miel se disparó por disminución de la oferta y la exclusión de China por problemas sanitarios.
- La falta de confianza del consumidor europeo en los productos provenientes de los países en desarrollo, en cuanto a calidad y seguridad.
- La competencia de comercializadoras locales que monopolizan el acceso a los canales de comercialización y a las grandes superficies y concretan contratos con condiciones de pago (de 6 a 12 meses con cobro a los 90 días), que no son sostenibles para los exportadores.
- Ausencia de crédito local para financiar negocios de exportación.
- Los altos costos de la certificación son cubiertos, por el momento, por el sobrepuesto del producto.

A pesar de estas condiciones, la miel de Uruguay obtiene los mejores precios derivados de la diferenciación por calidad y certificación. Las mieles de Uruguay no se conocen por su marca sino sólo por la etiqueta que indica el origen. Son los envasadores de Alemania, Reino, Unido, Francia y España los que fraccionan la miel y colocan sus marcas.

Los entrevistados señalan que existen posibilidades de envasar la miel con marca y tener un plus en el precio, tema que está planteado en el grupo de productores liderados por esta empresa. Para los productores, el énfasis está puesto en la certificación del producto más que en la marca.

URIMPEX ha participado en la Exposición Rural del Prado, en la feria Apimondia y envió muestras y folletos a la Feria Biofach 2003 en Nuremberg. También ha participado en ruedas de negocios.

2. Grupo Apícola de Florida (CADEF 1 y 2)

Está integrado por 17 productores, divididos en dos grupos, Cooperativa Apícola de Florida CADEF 1 y 2. Se trata de empresas familiares, de pequeños productores, que venden su miel ecológica certificada por URUCERT, a granel, en toneles de 300 litros con destino a la exportación (Alemania, Italia, Estados Unidos) o fraccionada, con destino al mercado interno, comercializada por un distribuidor.

El grupo compra los insumos en forma conjunta, intercambia los conocimientos sobre prácticas de producción en el ámbito del grupo, ha recibido asesoramiento empresarial y apoyo crediticio de COFAC.

Individualmente, algunos son socios de APODU y de CEUTA.

En el año 2002 vendieron por licitación toda su producción a la empresa Seylinco S.A. con destino a la exportación.

Por el momento no se han planteado distinguir sus productos con una marca.

⁴¹ Jean Lhéretier en El País, Economía&Mercado, Montevideo, Año 7, N° 328, 7 de octubre de 2002

3. Grupo Zapicán, Departamento de Canelones

La información obtenida de un solo productor confirma los datos obtenidos de los otros productores, en cuanto a no uso de marcas en la comercialización, alta importancia de la certificación y orientación al mercado externo.

Con el fin de atender una demanda creciente, se sugiere una alianza empresarial de todos los productores, detrás de una marca colectiva, para la clase número 30 y la elaboración de un Reglamento de Uso de la marca, de acuerdo a lo establecido por el Artículo 39 de la Ley de Marcas N° 17.011. De esta forma, no sólo se gana en escala sino que también se ahorran gastos de mantenimiento, adquisición, observancia y promoción. Todas las ventajas que señalamos para la carne en cuanto a uso de marca colectiva son compatibles para la miel.

C) VINO

El ranking europeo de producción ecológica de viñas es encabezado por Italia con 44.000 hectáreas, seguido por Francia con más de 13.000 hectáreas. En otros países europeos se ha iniciado un proceso de reconversión vitivinícola hacia este método..

La producción orgánica de vino es desarrollada en Uruguay por la empresa vitícola más antigua del país, la Sociedad Vitícola Uruguaya Vinos de la Cruz fundada el 24 de mayo de 1887. La empresa tiene 54 empleados y está ubicada en la localidad de La Cruz, en el Departamento de Florida, a 120 Km de Montevideo.

Convencida de la necesidad de explorar sobre los deseos de los consumidores y de los productos ofrecidos en el mercado, la empresa realizó una serie de evaluaciones de mercados para encontrar productos diferentes que pudieran competir en el mercado. Así nace en 1998 la idea de investigar para producir vino ecológico. La demanda de una empresa danesa estimuló este proyecto.

La empresa recibió asesoramiento de técnicos europeos sobre manejo de la tierra, condiciones de siembra y cosecha de la uva.

La producción está certificada por la certificadora nacional SCPB y por la certificadora holandesa SGS.

En la actualidad se cultivan 14 hectáreas con uvas de cinco variedades: Pinot Noir, Malbec, Merlot; Arriloba, Moscatel de Hamburgo. Con este sistema, la producción desciende entre un 20 y un 25% en comparación con la producción convencional, pero se obtiene un sobrepeso de 50% o más.

La primera producción de vino ecológico se obtuvo en agosto del 2001. Se trata del primer vino producido en condiciones ecológicas en América Latina y que es apto para el consumo de diabéticos, debido a su nulo contenido de azúcar, lo que está respaldado por la Asociación de Diabéticos del Uruguay.

Es un vino con marca "VINO ECOLÓGICO ORGANIC WINE DE VINOS DE LA CRUZ", que está protegida como marca mixta, ante la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, en la clase 33 de la Clasificación Internacional de Niza. La marca es gestionada en forma personal por la empresa.

Para la empresa, la marca tiene gran importancia en sus negocios, por su antigüedad en el mercado lo que le da reconocimiento y prestigio, por eso asigna mucha importancia a la estrategia de diferenciación por marca. La búsqueda de la diferencia como un valor de marca, es una búsqueda constante y permanente que implica investigación y apertura continua. Investigar para mejorar el producto, investigar para entender qué pide el mercado y apertura a nuevas ideas, a nuevas formas, a nuevas posibilidades. Muchas veces la diferencia es inesperada, como en el caso de descubrir accidentalmente que el vino producido de determinada manera es apto para diabéticos, la clave está en ver la oportunidad, no desecharla, investigarla y aprovecharla." ⁴²

La marca es promocionada por medios publicitarios y en ferias y exposiciones diversas, tanto en Uruguay como en otros mercados (de Gran Bretaña, de Centro América y Brasil, de Estados Unidos, de México).

En el año 2003 la empresa participó por primera vez en la Aldea del Vino organizada en Biofach, que convocó a un total de 200 bodegas productoras de vinos ecológicos de todo el mundo.

El vino ecológico se vende en el mercado doméstico y en el exterior. En el año 2002 se concretó un importante negocio con una firma importadora de San José de Costa Rica que adquirió 100.000 botellas con destino al circuito turístico del Caribe. Esta única operación absorbe la mitad de la producción anual de la bodega.

La empresa ha señalado la necesidad de que otras bodegas nacionales se sumen a este sistema de producción, con el objetivo de lograr una oferta estable, de mayor volumen y diversificada, para atender las necesi-

⁴² Sr. Juan José Arocena en Cátedra UNESCO

dades de los mercados externos. Integrarse para diferenciarse. Si esta convocatoria tuviera éxito, una estrategia de marca colectiva podría ser la opción más adecuada para los productores de vinos que deseen participar de este proyecto.

D) ARROZ

La Cooperativa de Productores de Arroz S.A (Coopar S.A) es una empresa agro-industrial arrocerera, que produce una extensa gama de productos, los principales, derivados del grano Blue Belle. Inició sus actividades en el año 1964 y brinda servicios a los productores en materia de industrialización y comercialización, sistemas de riego colectivo y de secado, semilla, asistencia técnica, financiamiento, exportación e importación.

Los objetivos de la empresa son la calidad y la excelencia. Es la primera industria arrocerera del MERCOSUR con certificación internacional ISO9002.

Entre sus mercados más importantes se cuentan: Brasil, Irán, Perú, Trinidad Tobago, Sudáfrica, Canarias, Chile, Israel, México, El Salvador, etc.

El programa de producción orgánica de arroz se enmarca en la estrategia de diversificación de productos de la empresa. Esto constituye una ventaja competitiva, pues es la única empresa de Uruguay que produce y comercializa este producto.

El arroz orgánico se obtiene a partir de semillas de arroz que son cultivadas y cosechadas siguiendo las prácticas de la agricultura biológica. Para ello cuenta con el asesoramiento técnico de la Sociedad de Consumidores de Productos Biológicos de la Asociación Rural del Uruguay (SCPB) y de SGS Internacional en materia de protocolos de producción orgánica y certificación.

La implementación de este sistema de producción está en su cuarta zafra. El objetivo es su estabilización en una superficie del 1 a 2% del área total de la empresa. Para ello, la empresa realiza actividades de investigación, planificación y un proceso continuo de transferencia de tecnología y conocimientos con los productores que integran el proyecto.

Luego de la cosecha, la trazabilidad en la etapa industrial es un componente esencial del sistema, de manera de que en el transporte, el secado, el almacenaje (en bolsas de 50kg. o silopack) el producto permanece diferenciado del resto del arroz recibido a granel, para luego pasar a su elaboración.

La empresa sigue una estrategia de marca única para todos los productos. La marca Blue Patna está protegida por el registro ante la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial y su vigilancia está a cargo de agente de propiedad industrial. Es una marca considerada líder en el mercado y su prestigio ampara a toda la gama de productos de la empresa.

El arroz orgánico con la marca Blue Patna se comercializa en paquetes de 1 Kg en el mercado doméstico. Los factores de identificación y diferenciación de este producto están dados por la marca, Blue Patna, la diferenciación como "arroz orgánico" en la etiqueta, el sello de la certificación como garantía de producto orgánico, el envase con tipografías, gráficos y colores que estimulan la adquisición del producto y el precio, que es superior al del arroz convencional.

El arroz orgánico, blanco, integral y parboilizados elaborados e integrales así como los subproductos como harina, salvado y pastas manufacturadas con harina de arroz, también se ha exportado a Canadá y a Israel. Los productos exportados tienen el sello de la certificadora internacional SGS.

Las exportaciones con destino a se realizaron en bolsas de 25 Kg, para luego ser fraccionado e identificado con la marca de los clientes de ese país.

Las exportaciones de arroz orgánico con destino a Israel se realizaron en envases al vacío, en bolsas transparentes, de 1 Kg, para luego ser identificado con la marca del comprador final. En este caso se trata de un producto kosher. También se exportaron algunas bolsas de 25 Kg, sin marca.

La empresa tiene negociaciones adelantadas para introducir este producto en Suiza, con arroces que se están plantando en primavera.

El marketing mix de la empresa se completa con el desarrollo de servicios de atención al consumidor y actividades de promoción (publicidad y propaganda).

La empresa tiene una página web, en idioma español con opción inglés, que contiene información sobre la empresa y sus productos, lo que revela un buen uso de las tecnologías de la información al servicio de los negocios.

Fue una de las cinco empresas uruguayas que participó en la feria mundial de productos orgánicos Biofach.

Las condiciones de comercialización impuestas por los mercados de destino han impedido por el momento exportar los productos con la marca de la empresa.

E) HORTICOLA

El sector granjero ocupa solamente un 1.8% de la superficie agropecuaria del país pero comprende alrededor del 20% de los establecimientos rurales y de la población económicamente activa del medio rural. La producción vegetal de granja aporta alrededor del 15% del valor bruto agropecuario y la horticultura algo más de la tercera parte de este, con 25.000 hectáreas de cultivo.⁴³

El sector granjero es el principal proveedor de alimento fresco para la población del país. El centro de producción más importante se ubica en el sur, alrededor del Departamento de Montevideo y en el Departamento de Canelones, seguido por el litoral norte, de cosecha temprana. En el nordeste y el este se desarrollan producciones de rubros extensivos.

La Unión Europea es el principal mercado de destino para las frutas y hortalizas de Uruguay para ello, debe cumplir una serie de requisitos sanitarios y fitosanitarios. El Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca (MGAP) ha presentado un proyecto a la Unión Europea que propone consolidar a Uruguay como un país proveedor "seguro" de frutas y hortalizas frescas en contra estación para la UE, lo que de aprobarse constituye un desafío y una oportunidad muy importante para el sector.

En la producción hortícola existe heterogeneidad de sistemas de producción, de aplicación tecnológica y de dotación de recursos. Predominan las pequeñas empresas familiares, lo que repercute en costos de producción poco competitivos, irregularidad de abastecimiento y falta de uniformidad de productos, factores que dificultan el desarrollo exportador. A ello se suman los problemas de organización e infraestructura de la cadena comercial.

La producción de hortalizas se caracteriza por la diversidad de especies, ciclos cortos de producción, producción multirúbrica, alta intensidad en el uso de recursos, estacionalidad, perecibilidad, corta vida poscosecha, alta relación volumen / precio, fletes caros, ubicación con relación a los mercados.

Los productores que han reconvertido su producción a métodos de producción orgánica, en su mayoría lo han hecho por razones de rentabilidad económica y motivaciones comerciales, si bien todos resaltan la dimensión medioambiental de este tipo de producción y el impacto que tiene en el desarrollo rural.

La mayor parte de los productores orgánicos dedicados a la producción hortícola son pequeños productores familiares, que cuentan con pocas hectáreas para la producción (de 3 a 10 hectáreas), que se incorporan a este sistema como una alternativa a la agricultura convencional (muy dependiente de insumos y semillas) y que destinan su producción al mercado interno debido a su reducida escala.

Constituyen un grupo de alrededor de 120 productores, asentados en los Departamentos de Montevideo y Canelones, aunque también existen en los departamentos de San José, Colonia, Maldonado, Tacuarembó y Salto.

Existen dos canales principales de venta: los supermercados y las canastas. Para la mayoría de los productores el éxito de venta de los productos orgánicos en los supermercados se debe a su buena presentación. Para los productores que optaron por el sistema de canastas, la venta directa (por canasta o en ferias vecinales) ofrece mayores beneficios en cuanto a la posibilidad de lograr la fidelidad de la clientela, un mejor precio (derivado de la ausencia de intermediación) y una promoción de productos efectiva. Para las empresas comercializadores, es la falta de una oferta permanente lo que limita el desarrollo del mercado.

En opinión de los productores, en los meses de diciembre a febrero se registran los mayores volúmenes de ventas, lo que está relacionado con la afluencia de turistas, de mayor poder adquisitivo y exigencias en cuanto a calidad y variedad.

• GRUPO DE MALDONADO

Está integrado por 6 productores ubicados en el Departamento de Maldonado, que producen desde hace 10 años hierbas aromáticas, hortalizas y frutillas. Se trata de pequeñas empresas familiares que trabajan la tierra, con extensiones que oscilan entre las 3 y 10 hectáreas. Son miembros de APODU.

La producción está certificada por URUCERT y es comercializada en el mercado interno por varias vías: en predio de productores, a restaurantes de categoría del Departamento (Las Cumbres, Hotel del Lago, IL

⁴³ www.inia.gub.uy

Barreto), por un distribuidor en los supermercados de Maldonado y por la comercializadora Celana SRL. En la actualidad no venden por sistema de canasta.

Los empresarios perciben futuro para la producción orgánica, pues los productores que son autosuficientes no dependen de la compra de insumos (producen sus semillas, sus fertilizantes y abonos y los controles de plagas) y acceden a la tecnología disponible sin restricciones. La estrechez del mercado interno está vinculada a la falta de concientización sobre los beneficios que para la salud humana tiene el consumo de estos productos, con calidad garantida.

Para este Grupo, es la falta de información sobre las oportunidades de negocios, las restricciones para el acceso al crédito y la falta de promoción del sistema, lo que no permite crear una demanda sostenible. Si se enfocara una estrategia exportadora, la asociación de productores sería un buen instrumento para lograr una oferta permanente y segura. Por el momento, estiman que no existe esta perspectiva pues no están dadas las condiciones.

Los productos del grupo no se distinguen con marca, se sugiere una estrategia de marca colectiva para el Grupo, con los ventajas y beneficios que ya hemos mencionado.

• GRUPO SANTA ROSA

Se trata de un grupo constituido por 10 productores (microempresas familiares) localizados en las localidades de Santa Rosa y San Bautista del Departamento de Canelones. Son miembros individualmente de APODU, CEUTA y ORGANIZACIÓN REDES.

Se dedican a la producción de hortalizas y verduras envasadas, frutas frescas (melón y frutillas), tomate cherry, boniato, albahaca, repollo blanco, chauchas, berenjena, arvejas, habas, rúcula, zapallo cabutia, succino, zanahoria, cebolla, acelga. Su especialidad son las miniaturas: tomadillos, pepinillos, cebollón, papín, zanahoria y zapallito Bay. Todos los productores están certificados individualmente por URUCERT y SCPB.

Es el único grupo que hace toda la gestión comercial: promoción, venta, distribución, contabilidad y pagos, por razones económicas. El teléfono y el fax son fundamentales para la gestión, pero el grupo no dispone de medios de comunicación propios.

Su mercado está en los departamentos de Montevideo y de Maldonado, donde la demanda de estos productos aumenta en la temporada estival, especialmente en el Departamento de Maldonado y el canal de comercialización utilizado es el supermercado.

El grupo comercializa sus productos con la marca mixta ECOGRANJAS SANTA ROSA que no está protegida por registro ante la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, según informan, por razones de costos del grupo.

Se sugiere para este grupo solicitar una búsqueda en el registro de la Propiedad Industrial del nombre ECOGRANJAS SANTA ROSA, en la clase 31. Si el nombre está disponible, lo aconsejable sería una estrategia de marca colectiva. En este caso, deberían constituir una asociación civil sin fines de lucro y elaborar un Reglamento de Uso para la marca colectiva el que deberá presentarse conjuntamente con la solicitud de marca.

• GRUPO PUNTO VERDE

El grupo está integrado por 11 familias que trabajan en 8 predios ubicados en las localidades de Santa Rosa y San Bautista del Departamento de Canelones, con una extensión de 37,5 hectáreas en total. La mano de obra es familiar tanto en la producción como en el packing.

Los principales rubros son: horticultura (8 hectáreas), ganadería (26 hectáreas) y fruticultura (3,5 hectáreas) y la producción está certificada por la Sociedad de Consumidores de Productos Biológicos (SCPB).

La producción está destinada al mercado interno y utilizan los servicios de la comercializadora Green House para vender su producción en los supermercados Tienda Inglesa. Por problemas de organización no comercializan por el sistema de canastas ni en ferias.

Los productores realizan en grupo la planificación de la producción, la asistencia técnica, la comercialización y la promoción de la producción orgánica. Está trabajando en nuevos proyectos: producción de conservas, de carne vacuna y la generación de una planta de compostaje (uso de bioresiduos para la elaboración de fertilizantes). También participó en un proyecto para la producción de zapallo cabutia para su exportación a Italia, con certificación SKAL. Este negocio se concretó pero el producto no se exportó con la marca del grupo.

El grupo identifica sus productos con la marca "Punto Verde", que está registrada como marca mixta, mediante agente de propiedad industrial, en la clase 31 de la Clasificación Internacional de Niza. Fue solicitada el 3 de marzo de 1996 y concedida el 13 de agosto de 2001 (con oposición de terceros). El titular de la marca es la Asociación de Productores de Cultivos Protegidos. Cada uno de los productores del grupo identifica sus productos con esta marca y el sello de la certificadora SCPB. En el momento de su presentación, la legislación nacional no preveía la categoría de marcas colectivas, que sería el instrumento adecuado para este grupo que está constituido en una asociación.

• PRODUCTOS ORGANICOS BIO GAIA

Es una empresa de responsabilidad limitada, fundada en 1985, que produce, comercializa, industrializa alimentos orgánicos certificados. Se dedica a las siguientes actividades:

- 1) producción de hortalizas y frutas orgánicas
- 2) desarrollo de productos orgánicos
- 3) Industrialización de alimentos orgánicos: conservas y mermeladas
- 4) Venta de productos orgánicos de producción propia y de terceros en los siguientes rubros: frutas y hortalizas frescas, hierbas aromáticas y medicinales (frescas y secas), conservas y mermeladas, miel y subproductos.
- 5) Distribución de productos orgánicos certificados y naturales, propios y de terceros: productos lácteos, queso mozzarella y arroz orgánico certificados, vinos finos orgánicos y recomendados para diabéticos
- 6) Asesora, apoya y capacita a productores orgánicos en todo el país.

Es una empresa que está vinculada institucionalmente y comercialmente a transformadores de productos agroalimentarios, técnicos de agricultura y de medio ambiente, organismos nacionales e internacionales, consumidores y ONGs preocupadas por la salud, la naturaleza y el desarrollo rural. Tiene una oficina comercial para la búsqueda de nuevos mercados y desarrollo de estrategias comerciales para concretar negocios en el exterior.

La empresa identifica sus productos con la marca "Productos Orgánicos Bio Gaia", que está registrada en la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial como marca mixta, para las clases 3, 29, 30, 31 y 32. La marca tiene el N° 294773, fue presentada el 17/04/97 y concedida el 27/05/98, a título de Celana SRL. La empresa asigna mucha importancia a la marca en sus negocios, la que es promocionada mediante publicidad, en ferias nacionales e internacionales, exposiciones y en el sitio web. La marca es gestionada ante la DNPI por agente de propiedad industrial.

Sus productos se comercializan en el mercado nacional, en el MERCOSUR y en el exterior. En el mercado doméstico, los canales de comercialización usados son los supermercados, las tiendas de productos naturales en Shopping Center y los envíos a domicilio. Para las ventas al exterior se utiliza el sistema implementado en la página web.

• ECOLOR

Es una empresa familiar, ubicada en la localidad de San Antonio, en el Departamento de Canelones, de 28 hectáreas de extensión, atendida por mano de obra familiar. Se dedica al cultivo y envasado de 40 especies de vegetales, hierbas aromáticas y a la producción de algunos lácteos como queso y dulce de leche. La producción está certificada por la SCPB. Todo lo

Comercializa su producción en las ferias vecinales de la zona y en el Mercado Modelo de Montevideo como productos convencionales. También se asocia para la venta con el Grupo Santa Rosa.

Hasta 1997 vendió sus productos en supermercados, canal que fue abandonado por problemas con la intermediación. En la actualidad, se plantean retomar este canal por razones económicas, pero el problema está en lograr un volumen de oferta permanente.

El encargado de la empresa es un técnico agrícola, con formación empresarial originada en seminarios y en cursos de EMPRETEC, pero no recibió información sobre el uso de marcas en la comercialización

La empresa identifica sus productos con el nombre ECOLOR, que no está registrado ante la DNPI, por razones económicas. Se recomienda realizar una búsqueda de antecedentes en las clases 29 y 31 del nombre Ecolor, en la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial para saber si está disponible. De ser así, solicitar el registro como marca mixta (agregándole un dibujo) para obtener su protección.

También podría integrarse a la estrategia de marca recomendada para el Grupo Santa Rosa, con la consiguiente disminución de costos de adquisición, mantenimiento y observancia de derechos, así como de gastos de publicidad y promoción.

- **ECOSUR**

Es una empresa familiar que se dedica a la comercialización de productos orgánicos mediante el sistema de canastas domiciliarias, en él que participan cuatro granjas: Taller Agrario, Comunidad del Sur, Paso Overo y Petirrojo, con el objetivo de ofrecer una oferta variada de canasta. La producción está certificada por URUCERT.

Los pedidos se realizan telefónicamente y los repartos a domicilio en Montevideo y Ciudad de la Costa, del Departamento de Canelones. También comercializan sus productos en la Feria del Parque Rodó.

Los productos se comercializan con la marca ECOSUR, que está registrada en la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, con el N° 265539, como marca mixta, mediante agente de la propiedad industrial. La marca fue solicitada el 24/09/93 y concedida el 28/03/96, para las clases 3, 28, 29, 30, 31, 32. Su vencimiento es el 28/03/96.

La empresa tiene una página web que incluye información sobre producción y comercialización y un servicio de educación ambiental.

- **AGRONATURA**

Es una empresa familiar que se dedica a la producción y comercialización de hortalizas, frutas, mermeladas, lácteos, miel y otros productos, mediante el sistema de canasta.

Los productos se identifican con la marca Agronatura, mixta, que no está registrada. Se recomienda solicitar una búsqueda de antecedentes en el Registro de la Propiedad Industrial, para las clases 29, 30 y 31 de la Clasificación Internacional de Niza. Si el nombre está disponible, se sugiere presentar una solicitud de registro para estas clases, como marca mixta, adjuntando el logotipo correspondiente.

F) HIERBAS AROMATICAS

El comercio mundial de hierbas aromáticas ha aumentado en la última década como resultado de la confluencia de varios factores: una creciente preocupación por la salud, el empleo de condimentos naturales como antioxidantes, el reemplazo de condimentos tradicionales por condimentos verdes, sustitución de colorantes y saborizantes artificiales por otros naturales, entre otros. La FAO estima que esta tendencia continuará a razón de un 8 a 15% anual.⁴⁴

En Uruguay, la experiencia de producir hierbas aromáticas en forma orgánica se inició hace 15 años, por un grupo de mujeres rurales del nordeste del Departamento de Canelones, que fueron pioneras en la producción y secado de hierbas aromáticas. Este grupo constituido por 20 mujeres formó la COOPERATIVA CALMAÑANA (Cooperativa agraria de responsabilidad limitada por un Mañana), que integra la Red de Mujeres Rurales del Uruguay.

La cooperativa es una microempresa, compuesta por 3 grupos: Grupo Tapia, Grupo Gardel y Grupo Pedernal, a 30 Km de distancia cada uno, en las localidades de Tapia, Miguez y Tala. La mano de obra empleada en la producción es familiar, de 2 a 3 personas por predio, lo que totaliza unos 60 puestos de trabajo familiar permanente.

Se producen 25 variedades de hierbas aromáticas secas para condimentos, entre ellas: eneldo, menta, albahaca, tomillo, ciboulette, cedron, hierbas para carnes rojas, laurel, azafrán del país, estragón, cilantro, salvia, ajo y perejil. La producción está certificada por la certificadora nacional URUCERT. Desde hace más de un año, iniciaron el proceso de certificación internacional con SGS International, con vistas al acceso del mercado europeo.

El proceso de innovación en procesos y productos surge por la necesidad de reconversión productiva de la población rural de la zona (abandono de la producción de remolacha azucarera) y del convencimiento de que la mujer puede tener un rol diferente en el ámbito rural (cuestiones de género). La innovación se completa con la innovación tecnológica, debido a la adaptación y perfeccionamiento de los equipos importados a las

⁴⁴ El País Agropecuario, Año 9, N° 97, Montevideo, 26 de marzo de 2003, pp.-34-35

condiciones locales. “Nuestros secadores son ideados por nosotras mismas”. Para ello se combinaron varios factores: los conocimientos del medio rural y la falta de competencia en el mercado.

La cooperativa ha recibido capacitación en diversas áreas: elaboración de proyectos, comercialización, envasado industrial, marketing y mejora de la producción orgánica, incluyendo visitas a emprendimientos similares en otros países para intercambiar experiencias (Brasil, Chile, Paraguay, EEUU)

La empresa inició la comercialización en el año 1996, primero de manera informal y luego mediante la contratación de una empresa comercializadora y distribuidora que facilitó el ingreso a las tres cadenas de supermercados más grandes del país. Los productos se identificaron con la marca Mañanitas y con un envase ecológico diseñado por la cooperativa.

La solicitud de la marca Mañanitas se presentó ante la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial el 9 de julio de 1996, por agente de propiedad industrial, para la clase 30 de la Clasificación Internacional de Niza. La cooperativa no realizó previamente una búsqueda de antecedentes antes de realizar la inversión en envase y marca. La solicitud tuvo oposición de oficio y de terceros, por marca idéntica solicitada por el Establecimiento Las Marías de Argentina para la misma clase. La Dirección Nacional de la Propiedad Industrial denegó la solicitud a la cooperativa y concedió la solicitada por la oposición.

Esta experiencia, motivada en la falta de conocimientos en el tema de marcas, significó una pérdida económica importante para la cooperativa.

La opción seguida por la cooperativa fue utilizar la marca mixta CAMPOCLARO, propiedad de la empresa distribuidora, que también facilitó el nuevo envase, donde aparece el nombre de la cooperativa, el rótulo de orgánico y la fecha de envasado.

La marca CAMPOCLARO está protegida ante la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, como marca denominativa, con el N° 310 466, para las clases 29 y 30. Fue solicitada por agente de propiedad industrial, el 9 de febrero de 1999 y concedida el 19 de octubre del mismo año. Según lo informado, en el año 2003, la empresa distribuidora cedió el 50% de la marca a la Cooperativa Calmaña, mediante contrato privado, cesión que no ha sido comunicada al Registro de la Propiedad Industrial y por lo tanto no surte efectos ante terceros. Se sugiere dar cumplimiento a lo dispuesto por el Artículo 15 de la Ley de Marcas N° 17.011, que establece que cualquier cambio que afecte la titularidad del registro, deberá inscribirse en la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial y publicarse en el Boletín de la Propiedad Industrial.

La marca CAMPOCLARO tiene un sitio web para su promoción. Allí se desarrolla la historia de la Cooperativa Calmaña, datos sobre producción y productos. La persona de contacto es el distribuidor y no la cooperativa.

En virtud de que la cooperativa está interesada en tener su propia marca, ha solicitado el registro de la marca “Mañanitas uruguayas por un Mañana”, como marca denominativa, a nombre de la cooperativa Calmaña. Esta solicitud fue presentada con fecha 17/11/03.

Consideramos que el nombre elegido no cumple con alguno de los elementos básicos que se tienen que considerar cuando se desea concebir una marca: el nombre no es sencillo ni corto, no es fácil de recordar, no tiene un dibujo que lo acompañe, no es un nombre fácil de pronunciar, especialmente si tenemos en cuenta que existen planes de exportación. Puede ser susceptible de oposición de terceros y al no tener un dibujo, es una marca débil. Tampoco la cooperativa ha pensado en el packing.

La estrategia de marca colectiva hubiera sido la más adecuada por tratarse de una cooperativa, pues cumple uno de los requisitos del Artículo 38 de la Ley de Marcas N° 17.011.

Está recibiendo asesoramiento sobre planes de negocios de parte del Programa PREDEGTZ, para una experiencia de exportación de 100 kilos de albaca para Francia, con destino a una empresa productora de aceite de oliva Oliver Company. El producto se exportará a granel y sin marca. Paralelamente, se realizará una visita de negocios a España y Francia.

La Cooperativa tiene presencia permanente en ferias y exposiciones rurales y ha recibido distinciones importantes. Recibió el primer premio de “Emprendimientos exitosos liderados por mujeres” que organizó REPEN en América Latina. Representó a Uruguay en la Feria internacional de empresas de Mujeres (FIDEM) que organizó el Instituto Andaluz de la Mujer, en Granada, España. En el año 2003, el IICA ha seleccionado a la cooperativa para participar en la feria Expo Mundo Rural en Chile

Las dificultades para el crecimiento de la empresa se derivan en la actual coyuntura económica que ha incidido a la baja en las ventas. Además, al tratarse de una trabajo artesanal, existen dificultades para aumentar la producción, lo que constituye una debilidad para encarar cualquier proyecto de exportación.

Desde hace 3 años ha incorporado el cultivo y la recolección de 15 especies de hierbas medicinales orgánicas, que se comercializan por la herboristería Botica del Señor, que fracciona y envasa el producto seco con su propia marca.

El impacto de este emprendimiento llevado adelante por mujeres se revela en las palabras de la entrevistada. “ Para el nordeste de Canelones, CALMAÑANA es hoy una muestra de que es posible encontrar el modo de quedarse en el campo, de que los hijos accedan a la educación básica, de no emigrar a la ciudad y de resurgir con éxito desde el lugar menos esperado: las mujeres”.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A) Comparación de objetivos con resultados

Para realizar la tarea exploratoria se utilizó un cuestionario (Anexo I) conjuntamente con entrevistas personales.

- **Utilización y registro de signos distintivos**

Del total de las empresas dedicadas a la producción orgánica se constata que el 56% de las empresas o grupos de productores utiliza marcas para identificar sus productos y el 44% no utiliza marca (Anexo II, Gráfica 1) Estas cifras revelan que existe un gran número de empresas que no distinguen sus productos con marca.

En el grupo de empresas que no utilizan signos distintivos se ubican las producciones destinadas al mercado externo de carne, miel y arroz. Estas empresas le asignan mucha importancia a los atributos de calidad y a la certificación internacional, que es su pasaporte para el ingreso a los mercados de exportación. Además, señalan que las condiciones de comercialización son fijadas por los compradores, que fraccionan, envasan los productos y fijan sus marcas privadas, manteniéndose en el caso de la miel, sólo la indicación del origen.

Como ya lo mencionamos, una estrategia de marca colectiva para la carne, la miel y el arroz fortalecería el poder negociador en los mercados de exportación. Sin embargo, los productores señalan que el desconocimiento de Uruguay, constituye una limitación para vender sus productos. Es necesaria la promoción de una imagen de país acorde con los productos que se ofrecen. La imagen de país podría servir de base para encarar una campaña de promoción centrada en los productos diferenciados que se producen y así mejorar los resultados de la estrategia de marca colectiva.

En el caso de la cadena cárnica y del arroz, las empresas que lideran el proceso tienen marcas mixtas protegidas por registro ante la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, mediante agente de propiedad industrial y promocionan sus marcas en el mercado doméstico.

Del total de las empresas dedicadas a la producción orgánica, el 66% tiene su marca registrada en la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial y por tanto protegida; el 34 % no tiene marca registrada en la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial (Anexo II Gráfica 2). Existe un importante porcentaje de marcas no protegidas por el registro y no debemos olvidar que la protección legal de la propiedad industrial convierte a los activos intangibles en derechos de propiedad exclusivos, fuente de ventaja competitiva para las empresas.

Del total de las empresas dedicadas a la producción hortícola, el 71% de identifican sus productos con marcas y el 29% de las empresas no utiliza marcas (Anexo II Gráfica 3). Los productos de las empresas de este último grupo quedan identificados en cuanto a su origen por la etiqueta, donde figura el nombre del productor, número de identificación y sello de certificación.

Todas las empresas dedicadas a la producción hortícola manifestaron la necesidad presentar sus productos con un envase ecológico, que sea consistente con los productores que contiene y que también cumpla una función en el punto de venta

Del total de las empresas dedicadas a la producción hortícola, el 60 % tiene marca registrada en la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial y por tanto protegida. El 40% restante de las empresas no tiene marca registrada y protegida ante la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial (AnexoII Gráfica 4)

- **Asesoramiento sobre propiedad industrial y signos distintivos en particular.**

Del total de las empresas dedicadas a la producción orgánica que tienen marca registrada, el 83 % utilizó los servicios de agente de la propiedad industrial para los trámites de registro y el 17% los realizó personalmente. En este último caso, los encuestados manifiestan no haber tenido dificultades para hacerlo.

Para la mayoría de las empresas consultadas, la propiedad industrial y las marcas en particular, es tema de abogados o de agentes de propiedad industrial, en quienes confían la gestión de la marca desde el punto de vista legal.

El 63 % de los productores manifiesta haber recibido algún tipo de asesoramiento sobre el uso de marcas, vinculada a trámites de registro, pero no conocen la existencia de otras categorías de signos distintivos como las marcas colectivas y las marcas de certificación, que pueden ser más funcionales a los productos que comercializan. En la Asociación de Pymes se asesora sobre los aspectos formales del trámite de marcas y de patentes.

Todas las empresas consultadas manifestaron no conocer la existencia de fuentes de información sobre marcas, en el ámbito nacional e internacional.

En los cursos sobre formación y gestión empresarial organizados por las cámaras o asociaciones empresariales u ONGs no está incluida la formación en propiedad industrial y en signos distintivos en particular. En el caso de las asociaciones de Pymes, el abordaje al tema de marcas se realiza desde el punto de vista del marketing.

- **Costo y mantenimiento de derechos de propiedad industrial.**

Sólo una de las empresas que tiene marca registrada manifestó que los costos de adquisición y mantenimiento de derechos eran altos, el resto no hizo ninguna precisión sobre el tema o no contestó el punto.

- **Promoción de marcas**

El 25 % de los productores promociona sus marcas por medios publicitarios, el 31% lo ha hecho, por lo menos alguna vez, participando en ruedas de negocios o encuentros empresariales, el 38 % promociona sus productos utilizando sitios web y el 50% promocionó por lo menos alguna vez sus productos en una feria internacional o exposición nacional.

En cuanto a la promoción a través de la publicidad, únicamente las empresas que tienen ventajas competitivas en el mercado de arroz y de vino orgánico utilizan este medio de forma habitual, el resto de las empresas hacen un uso esporádico de este medio.

El Movimiento Uruguay Orgánico ha elaborado un sitio web con información sobre la producción orgánica en general y con links hacia distintas empresas productoras. Este sitio podría ser la plataforma natural para la promoción de los productos orgánicos de Uruguay en los mercados de exportación y podría complementarse con la creación de un servicio E- Organic, que permita a los productores vender sus productos mediante la red.

Para trabajar en Internet hay que poner énfasis en la diferenciación de contenidos: agregando valor y dando confianza objetiva (por la actualización permanente) y confianza subjetiva (hacer una web más humana). Para ello sería aconsejable una estrategia coordinada del sector privado con el sector público para disminuir costos, definir prioridades y líneas de acción.

Las empresas manifiestan dificultades a la hora de vender sus productos derivados de la falta de conocimiento del país, por eso señalan la necesidad de promoción del país en los mercados internacionales. La promoción en el mercado externo debería estar acompañada con la promoción de la imagen de marca nacional. Es importante señalar que cualquiera de las características que se escojan para la promoción de una imagen de marca país deberá basarse en la realidad de las empresas, pues si los exportadores no transmiten esa imagen en su oferta, ninguna campaña dará credibilidad a la imagen de país. En este punto, es recomendable la cooperación horizontal entre empresas.

La imagen de marca nacional podría mejorar la presencia del país en el plano internacional, especialmente si se trata de un país que ha vendido productos no diferenciados hasta el momento y que ahora existen empresas con un enfoque hacia la diferenciación de procesos y productos.

- **Mercados de destino, actuales y potenciales.**

El 25% de los productores investigados manifiesta que su producción está orientada al mercado local, otro 25% al mercado nacional, el 45% a otros mercados y el 5% al MERCOSUR.

En general, la mayoría de las empresas investigadas tiene una percepción positiva respecto a la exportación como objetivo a mediano plazo.

Los productores que destinan su producción al mercado interno, manifiestan su deseo de participar en procesos de exportación pero las limitaciones de escala y la falta de financiamiento son un obstáculo para

emprender estas estrategias. Sin embargo, todos señalan que cualquier empresa en este sentido, deberá abordarse mediante asociaciones de productores.

Los productores que se dedican a la exportación tienen expectativas muy positivas con relación a la evolución del mercado en cuanto al aumento de la demanda y de los precios, en especial en el rubro carne, miel y vino.

B) Evaluación de hipótesis de acuerdo con resultados

El estudio revela que las Pymes no han aprovechado el potencial de los signos distintivos en sus actividades empresariales. No sólo porque existe un porcentaje muy importante de empresas que no usan signos distintivos en la comercialización de sus productos (44%) sino también porque existe un porcentaje importante (34%) que no tiene su marca registrada. Esto puede obedecer a que los empresarios tienen un enfoque de la comercialización centrado en los atributos del producto y no en la imagen de marca como elemento de diferenciación y fuente de ventaja competitiva. Por ejemplo, para las empresas productoras de miel, lo más importante es lograr el sello de la certificadora, pues sin él no pueden exportar sus productos.

También hay que destacar que la no-utilización de marcas por algunas empresas no depende de su voluntad sino que es el resultado de las condiciones de acceso que imponen los compradores de los mercados de destino, lo que sucede en las producciones de carne y arroz, que trascienden el tema de propiedad industrial.

Además, las empresas revelan desconocimiento sobre el funcionamiento del sistema de propiedad industrial y de los signos distintivos en especial. En general, su conocimiento está centrado en las marcas como forma de identificar sus productos, pero se desconoce en la mayoría de los casos el valor de la marca como activo intangible y como eje de una estrategia competitiva, porque no existe un enfoque multidisciplinario sobre la importancia del uso de signos distintivos en las estrategias empresariales.

C) Conclusiones finales

Antes de definir cualquier tipo de estrategia de las Pymes con relación al uso e integración de la propiedad intelectual en los negocios convendría tener en cuenta las características de las empresas y los mercados en que compete.

En primer lugar, hay que encuadrar el tamaño de la empresa en el sector productivo a que pertenece. El tamaño depende de la naturaleza de la empresa. En la producción orgánica predominan las micro y pequeñas empresas con escasos recursos, de escasa capitalización y con mano de obra en algunos rubros esencialmente familiar, por lo que existe una fuerte dependencia de los resultados del negocio. Se trata entonces de definir qué instrumentos de propiedad industrial pueden reducir los costos de mantenimiento y adquisición de derechos y al mismo tiempo fortalecer los productos diferenciados que ofrecen.

También habría que considerar la forma de propiedad, sea empresas individuales o sociedades. La mayoría de las empresas investigadas son individuales y de pequeña dimensión, si bien se constata una tendencia muy favorable hacia estrategias de asociación.

Se trata de empresas que producen bienes orientados a satisfacer necesidades vitales, que se destinan fundamentalmente al mercado agroalimentario.

La mayoría de los empresarios manifiestan que los intermediarios suelen imponer sus criterios, especialmente en el mercado externo.

En el mercado doméstico, la demanda es inestable con respecto a precios, volumen y renta. Los productos son enviados al mercado y vendidos en él tras pasar por los procesos de almacenamiento y distribución, y en algunos casos de marketing.

El empresario concentra en sí muchas actividades vinculadas a la gestión de la empresa: producción, comercialización, promoción, en la mayoría de los casos por un problema de costos.

Las empresas y el mercado participan de una relación de intercambio que se da en un escenario en el que existen muchos factores no controlables por la empresa. Esos factores que constituyen el entorno, influyen en el comportamiento del mercado y en las decisiones de la empresa, condicionando toda la relación. Algunos de estos factores están más próximos e influyen en forma inmediatamente (competidores, intermediarios, suministradores, el marco institucional) y otros están en un nivel más macro como los cambios culturales, demográficos, el medio ambiente). En el caso de la producción orgánica, la intermediación en los mercados de exportación es un elemento que condiciona las decisiones de las empresas en cuanto al uso de signos distintivos.

La existencia de un 44 % de productores que no identifican sus productos con marca, revela que el potencial de los signos distintivos no ha sido aprovechado, por lo que en materia de difusión queda mucho por hacer. El énfasis de la difusión debería centrarse en los grupos de productores y en las ventajas que pueden obtener a través del uso de marcas colectivas.

Con respecto al 56% de productores que utilizan marcas, la diseminación de prácticas óptimas podría reforzar los lazos de cooperación horizontal entre firmas y fortalecer la tarea de difusión y concientización sobre la necesidad de incorporar a la propiedad industrial en los negocios de las empresas, analizando los posibles usos y las ventajas que ofrece.

Existen un conjunto de factores que debería ser considerado por las empresas nacionales para definir sus objetivos y políticas en materia de comercialización. El análisis estratégico describe estos factores. Las fortalezas y debilidades constituyen los límites de la producción orgánica desde el punto de vista de las empresas, que tienen incidencia en la estrategia uso de signos distintivos. Las oportunidades y amenazas definen el ambiente competitivo en el que se desenvuelven las empresas, constituyen los límites externos al desarrollo del sector y al uso de signos distintivos en los productos exportados.

Fortalezas

1. Toma de conciencia respecto de los cambios en hábitos alimentarios en los principales mercados.
2. Expectativa positivas de los empresarios sobre la evolución del sector, especialmente de las exportaciones.
3. Asociación de productores posibilita el uso de marcas colectivas.
4. Movimiento Uruguay Orgánico para la promoción en el exterior.
5. Alto porcentaje de productores certificados.
6. Orientación hacia la calidad de las empresas.
7. Alianzas estratégicas entre las certificadoras nacionales y certificadoras internacionales para experiencias de exportación.
8. Alianzas estratégicas entre empresarios para la exportación
9. Flexibilidad de las Pymes para adaptarse a los cambios del entorno.
10. Integración de la cadena de la carne y del arroz.
11. Estrategia de carne natural impulsada por el INAC.
12. Organización de misiones empresariales y participación en ferias
13. Buena plataforma para el desarrollo del E-commerce al servicio de la comercialización y la promoción de marcas.
14. Experiencias de turismo ambiental complementarias del desarrollo local.

Debilidades

1. Falta de promoción de la marca país Uruguay Natural en los mercados internacionales.
2. Falta de definición estratégica del Estado en cuanto a este sistema de producción orgánica. Paralelamente al desarrollo de programa de producción orgánica y de producción integrada, que se enmarcan en el paradigma de agricultura sustentable, el Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca autoriza el uso de transgénicos, que además de ser incompatible con estos programas, lo es con la imagen de país natural.
3. Reducido tamaño del mercado interno, encarece la comercialización. Segmento de productos orgánicos no desarrollado por falta de promoción y por buen nivel de satisfacción de los productos convencionales.
4. Consumo promedio de frutas y verduras en Montevideo es de 195,6 kilos por habitante y en el Interior de 165,6 (INE 2002). Son valores relativamente bajos comparados con algunos países europeos, que llegan a 249 y 206 respectivamente. En USA el Programa Five a Day, iniciado en 1991, para estimular el consumo de cinco raciones diarias de frutas y verduras, es el principal referente de promoción internacional.
5. Falta de investigación: Lo gastos del gobierno y de las empresas en investigación y desarrollo son muy escasos y tampoco se han desarrollado redes de conocimiento. Lo que importa es la trasmisión del conocimiento a la capacidad productiva. Una de las necesidades señaladas por los productores hortícolas es el establecimiento de líneas de investigación en producción orgánica
6. Ausencia de capacitación y asistencia técnica sistematizada: La transformación hacia sistemas de producción orgánica supone un proceso de innovación tecnológica, que requiere de capacitación y asistencia técnica. Hasta el momento, el trabajo en grupo ha permitido la transferencia de tecnología

entre los productores, de manera informal, como un intercambio de experiencias, compartiendo éxitos y fracasos.

7. Fragilidad de las Pymes por falta de capacitación en gestión empresarial
8. Disparidad de recursos de los productores: mientras que para algunos productores la producción orgánica se ha convertido en una forma de subsistencia, para otros es una estrategia de posicionamiento.
9. Deficiencias en el marco normativo sobre producción y certificación son un obstáculo para el acceso a otros mercados.
10. Ausencia de créditos al sector.
11. Falta de educación y formación del consumidor.
12. Ausencia de políticas de comercialización.
13. Ausencia de estrategias de posicionamiento de producto / marca por parte de Pymes.

Oportunidades

1. Aumento de la demanda en los principales mercados.
2. Existencia de demanda insatisfecha en los principales mercados.
3. Sobreprecios atractivos en principales mercados de exportación.
4. Creación de nuevos canales de comercialización en principales mercados.
5. Oposición de los consumidores a los OGM.
6. La competencia vía diferenciación, con nuevas propuestas como alimentos procesados, cosméticos y medicamentos.
7. Cambios en el status sanitario del país fortalecen la imagen del país.
8. Creación de servicios complementarios en predios de productores: enseñanza, difusión, turismo ecológico.
9. Posibilidades de desarrollo rural local
10. Ética, comercio y medio ambiente se combinan para el crecimiento y fortalecen los atributos de los productos.
11. Ruedas de negocios y ferias internacionales para promocionar marcas.
12. MERCOSUR como plataforma natural de productos orgánicos.

Amenazas

1. Desconfianza de los consumidores hacia los productos de los países en desarrollo.
2. Políticas de apoyo a la producción orgánica de la Comisión Europea.
3. Política de ampliación de la Unión Europea aumenta la competencia.
4. Obstáculos de acceso en los principales mercados: aranceles específicos, cuotas, obstáculos no arancelarios y barreras sanitarias.
5. Legislación contra el bioterrorismo en Estados Unidos.
6. Altos costos de los servicios de las certificadoras internacionales.
7. La intermediación impide el acceso directo a canales comerciales
8. La intermediación impide el uso de marcas de los exportadores.

La estrategia de marcas colectivas es recomendable tanto para la comercialización en el mercado interno como para el externo, en este último caso, como hemos visto, su instrumentación dependerá de los resultados de las negociaciones entre los intermediarios y los canales de comercialización. Existen expectativas positivas sobre la evolución de estos mercados.

D) RECOMENDACIONES

A partir de estudio realizado se han podido identificar necesidades y problemas en la relación entre Pymes y propiedad industrial.

En este capítulo presentaremos una lista de recomendaciones destinadas a mejorar la información sobre el uso de la propiedad industrial por las Pymes y a orientar la labor de asistencia en el uso de la propiedad industrial, de manera de que conozcan el sistema, las herramientas que proporciona a las empresas y su forma de uso para mejorar su competitividad.

1. Mejorar las bases de datos de información para que se pueda obtener información desagregada sobre los distintos usuarios del sistema.
2. Integrar al análisis de la relación entre propiedad industrial y Pymes a organismos gubernamentales del área jurídica, comercial, económica e internacional, a ONGs, cámaras empresariales y asociaciones de Pymes .
3. Difusión mediante acciones específicas la vinculación de la propiedad industrial con otras cuestiones como la investigación y el desarrollo, la innovación, la identificación, la diferenciación de procesos y productos y la competitividad empresarial.
4. Mejorar la inserción de la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial en los distintos ámbitos: jurídicos, económicos, empresariales, de investigación, para aumentar su visibilidad..
5. Seleccionar a grupos objetivos para la difusión y promoción del uso de la propiedad industrial mediante talleres, charlas informativas, difusión de prácticas óptimas y experiencias exitosas
6. Integrar a la propiedad industrial en los cursos de formación empresarial y promocionar los servicios de información existentes.
7. Propiciar la formación de grupos empresariales NES en la producción orgánica.
8. Promover el uso de marcas colectivas entre los grupos de productores a través de talleres.
9. Crear un servicio de información especializado en la oficina de propiedad industrial y promocionarlo.
10. Integrar a la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial en la RED PROPYMES.
11. Coordinación pública y privada para evitar superposición de esfuerzos en las acciones destinadas a las Pymes.

ANEXO I

Cuestionario

Datos Generales

Razón social:

Ramo de la empresa:

Domicilio:

Teléfono:

Sitio WEB:

Dirección electrónica

Datos del entrevistado

Nombre:

Cargo:

Teléfono:

Dirección electrónica:

Información de la empresa

Número de empleados:

Capital social:

Fecha de inicio de la actividad:

Cobertura de la empresa:

Fecha de la entrevista:

Receptividad a la encuesta:

(comentarios del entrevistador)

Hoja 1

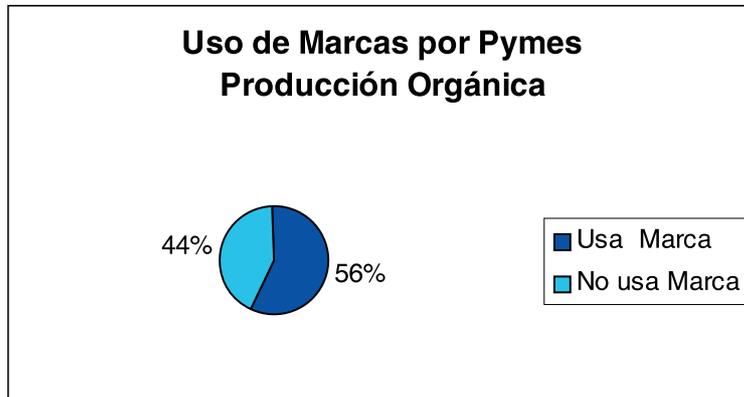
- 1) ¿Utiliza una marca para distinguir sus productos o servicios? Si No
- 2) ¿Cuál?
- 3) ¿Está registrada?
- 4) ¿Realizó los trámites personalmente o utilizó los servicios de un agente de propiedad industrial personalmente por Agente
- 5) ¿Tuvo alguna dificultad para registrar su marca? Si No
- 6) ¿Cuál?
- 7) ¿Qué opina de los costos para el registro y el mantenimiento de los derechos sobre su marca?
Bajos normal altos
- 8) ¿Cómo gestiona su marca? Personalmente Por agente de P.I.
- 9) ¿Qué importancia le asigna a la marca de sus productos o servicios en sus negocios?
Baja normal mucha
- 10) ¿Por qué?
- 11) ¿Qué medios utiliza para promocionar su marca?
Publicidad Agencia
Ferias ¿Cuáles?
Exposiciones ¿Cuáles?
Ruedas de Negocios ¿Cuáles?
Otros (indicar)
- 12) ¿Ha realizado acuerdos de licencia de su marca? Sí
¿A quién?
No ¿Por qué?

Hoja 2

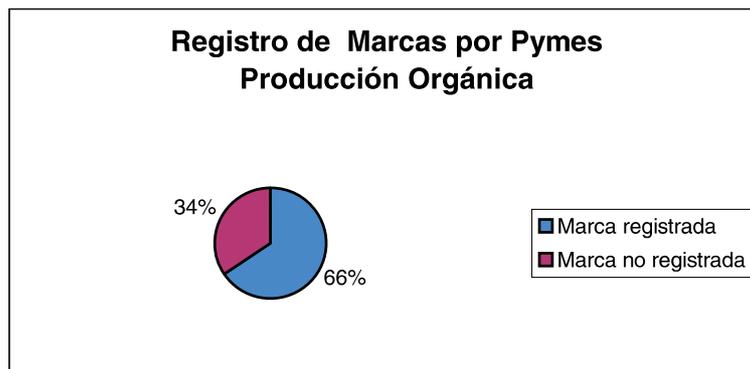
- 13) ¿Ha utilizado su marca como fuente de financiación? Si No
- 14) ¿Cuál es el mercado de destino de sus productos?
Local Nacional
MERCOSUR
El mundo
- 15) ¿Ha promocionado sus productos en el mercado exterior? Si No
¿Utilizando qué medios?
- 16) ¿Qué resultados obtuvo?
- 17) ¿Ha recibido asesoramiento para formar su empresa? Si No
- 18) ¿Dónde?
- 19) ¿Recibió información sobre propiedad industrial –marcas- en esa oportunidad?
Si No
- 20) ¿Sabe de la existencia de fuentes de información en materia de propiedad industrial?
Si No
- 21) ¿Cuáles? Nacionales
Internacionales
- 22) ¿Ha buscado o solicitado información en ellas? Si No
- 23) ¿En cuáles?

Hoja 3

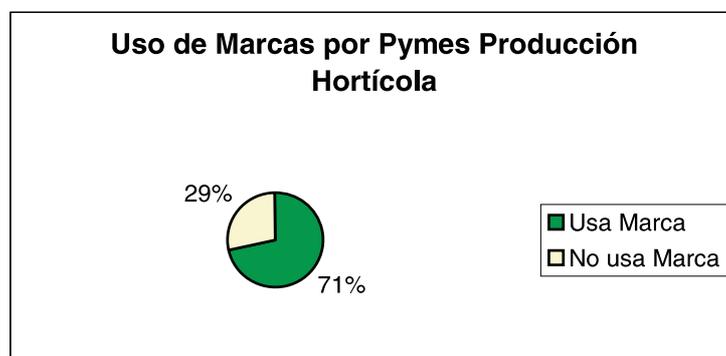
ANEXO II



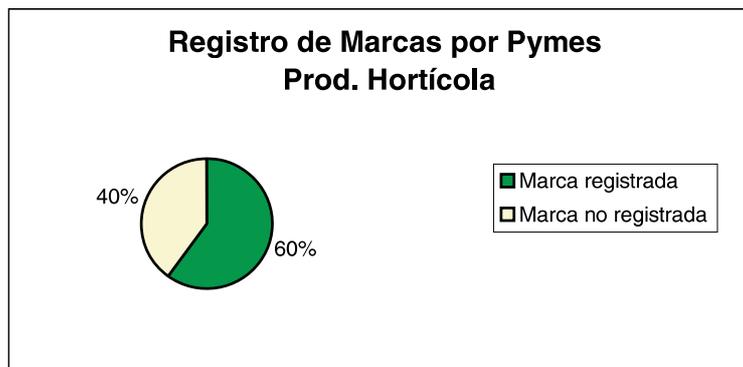
GRAFICA 1



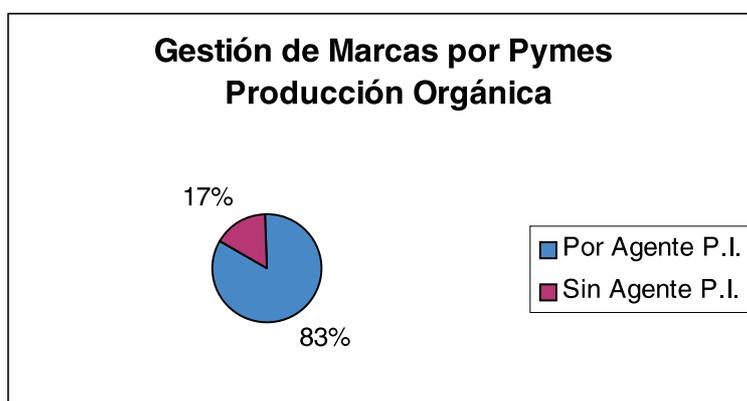
GRAFICA 2



GRAFICA 3



GRAFICA 4



GRAFICA 5

BIBLIOGRAFIA Y FUENTES

Alikhan Shahid, Geneva, *Socio-Economic Benefits of Intellectual Property Protection in Developing Countries*, WIPO, 2000.

Alonso Ramón, Serrano Arturo y Alarcón Silverio: *La logística en la empresa agroalimentaria*, Madrid, A. Madrid Vicente Ediciones y Ediciones Mundi- Prensa, 1999.

Alonso Sebastián y Serrano Arturo, *Economía de la empresa agroalimentaria*, Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, 2000.

Alonso Luis, Uso de las marcas y otros signos distintivos para competir en el mercado, OMPI/PI/RIO/02/2, abril 2002

Arnold David *Manual de la Gerencia de Marca*, Colombia, Editorial Norma S.A., 1993

Castro Matías, *El ejemplo del Hornero*, www.brecha.com.uy/numeros/n878/tierra4

Elosua Marcelino y Hidalgo Antonio y Pavón Julián, *Dirección de Empresas Pequeñas y Medianas en el siglo XXI*, Madrid, LID Editorial Empresarial S.L, 2001.

FAO, CCI, CTCAR *Los Mercados mundiales de frutas y verduras orgánicas, Oportunidades para los países en desarrollo en cuanto a la producción y exportación de productos hortícolas orgánicos*, Roma, 2001.

Gómez Alberto y Elola Sebastián, *La agricultura orgánica en el Uruguay*, CEUTA, Montevideo, 2002

- Jarillo José-Carlos, *Dirección Estratégica*, Madrid, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U
- Idris Kamil, *Intellectual Property a Power Tool for Economic Growth*, Ginebra, OMPI, N° 888.1, 2003.
- Kay John, *Fundamentos del éxito empresarial*, Barcelona, Editorial Ariel S.A, 1994
- Krause Jutta, en Seminario: *La producción Orgánica, una oportunidad para el Uruguay del presente*, Montevideo, 2001.
- Lamas Mario, *Derecho de Marcas en el Uruguay*, Montevideo, Barbat&Cikato, 1999.
- Lernoud Pipo, en Seminario *La producción orgánica: una oportunidad para el Uruguay del presente, Mercados para productos orgánicos: entre la preocupación por el medio ambiente y la oportunidad para crecer*, Montevideo, agosto 2001.
- Lernoud Pipo en *The World of Organic Agriculture, Statistics and Future Prospects 2003*, Thole Theley, Minou Yussefi and Helga Willer Editores, 2003.
- Mercado Salvador *¿Cómo hacer una tesis?* México, Editorial Limusa S.A. de C.V., 1999
- MIEM, OPP, MGAP, PNUD, IICA, *Agendas para la competitividad industrial*, 1999
- OMPI, División Pequeñas y Medianas Empresas *La propiedad intelectual para las empresas*, <http://www.wipo.int/sme/es>, Ginebra,
- OMPI, *La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y las Pequeñas y Medianas Empresas de América Latina*, Ginebra, <http://www.wipo.int/sme/es>
- OMPI, Revista de la OMPI, N°1, Ginebra, enero 2001, pp. 13-14, 18
- OMPI, Revista de la OMPI, N°9, Ginebra, setiembre 2001, pp. 3-5
- OMPI, Revista de la OMPI, N°2, Ginebra, febrero 2002, pp. 7- 12
- OMPI, Revista de la OMPI, N°7 y 9, Ginebra, julio setiembre, 9.2-10
- OMPI, Revista de la OMPI, N°2, Ginebra, marzo-abril, pp.3-8
- OMPI, /IP/MIL/01/05 *Plan de Acción de Milán*, 9 y 10 de febrero de 2001
- OMPI, SCT/6/3/, Sexta sesión del SCT, Ginebra, marzo 2001
- Revista El País Agropecuario
- Porter Michael, *Estrategia competitiva*, México, CECSA S.A., 1982
- Santasmases Mestre Miguel, *Marketing Conceptos y estrategias*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1999

SITIOS OFICIALES EN INTERNET

- ASOCIACIÓN DE DIRIGENTES DE MARKETING (ADM) www.adm.com.uy
- ASOCIACIÓN NACIONAL MEDIANAS Y PEQUEÑAS EMPRESAS (ANMYPE) www.anmype.net.uy
- ASOCIACIÓN RURAL DEL URUGUAY (ARU) www.aru.org.uy
- BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID) www.iadb.org
- CAMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (ICC) www.iccwbo.org
- CAMARA DE INDUSTRIAS DEL URUGUAY (CIU) www.ciu.com.uy
- CAMARA MERCANTIL DE PRODUCTOS DEL PAIS www.camaramercantil.com.uy
- CAMARA NACIONAL DE COMERCIO Y SERVICIOS DEL URUGUAY (CNCS) www.cncs.com.uy; pymes@cncs.com.uy
- CAMPOCLARO www.campoclaro.com
- CELANA SRL www.celanauruguay.com
- COOPAR <http://www.sincro.com/coopar>
- COOPERATIVAS AGRARIAS FEDERADAS www.caf.org.uy
- CORPORACIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO (CND) www.cnd.org.uy
- DIARIO EL OBSERVADOR, Sección PYMES <http://www.observa.com.uy/negocios/pymes/home.asp>
Sección Café&Negocios
<http://www.observa.com.uy/elobservador/indice.asp?seccion=sca&edicion=020530>
- DIRECCIÓN NACIONAL DE ARTESANIAS, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS (DINAPYME) www.dinapyme-redsur.mailcom.net
- DIRECTORIO ECOLÓGICO DEL URUGUAY (DEU) www.urueco.org.uy
- ECOSUR www.ecocomunidad.org.uy
- INSTITUTO NACIONAL DE CARNES www.inac.gub.uy
- FONDO REGIONAL DE TECNOLOGÍA AGROPECUARIA www.fontagro.org
- FUNDASOL www.fundasol.org.uy
- FUNDES <http://home.fundes.org/>
- FUTUROS Y OPCIONES www.fyo.com
- IFOAM International Federation of Organic Agriculture Movements www.ifoam.org

INSTITUTO INTERAMERICANO DE COOPERACIÓN AGROPECUARIA (IICA) www.iica.org.uy
INSTITUTO NACIONAL DE CARNES (INAC) www.inac.gub.uy
INSTITUTO NACIONAL DE INVESTIGACIÓN AGROPECUARIA (INIA) www.inia.org.uy
INSTITUTO PLAN AGROPECUARIO www.planagro.com.uy
INTENDENCIA MUNICIPAL DE MONTEVIDEO (IMM) www.montevideo.gub.uy/pymes
LABORATORIO TECNOLÓGICO DEL URUGUAY (LATU) www.latu.org.uy
www.latusistemas.com
LA GRANJA www.lagranja.com.
LINEA VERDE www.lineaverde.edu.uy
MINISTERIO DE GANADERIA, AGRICULTURA Y PESCA www.mgap.gub.uy
ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI)
<http://www.wipo.int>
<http://www.wipo.int/sme>
<http://www.pymesite.com>
ORGANIZACIÓN PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN (FAO) <http://www.fao.org>
PROYECTO PREDEG-GTZ www.predegtz.com
RED DE ECOLOGÍA SOCIAL www.redes.org.uy (Amigos de la tierra)
REDPROPYMES www.redpropymes.com.uy
SGS Uruguay Limitada www.sgs.com.
SOCIEDAD APÍCOLA URUGUAYA www.sociedadapicola.org.uy
UNION DE EXPORTADORES DEL URUGUAY www.uruguayexporta.com
UNION EUROPEA <http://europa.int>
URUGUAY TOTAL <http://uruguaytotal.com>



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

- *Olazábal, Valentina - "Reducción de donaciones"*

REDUCCIÓN DE DONACIONES EL PROBLEMA DE LA ACCION CONTRA EL TERCERO ADQUIRENTE

VALENTINA OLAZÁBAL

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. ARTÍCULOS EN CUESTIÓN. 3. POSICIÓN MAYORITARIA. 4. POSICIÓN MINORITARIA.
5. REFLEXIÓN SOBRE ESTA DISCUSIÓN. 6. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

La intangibilidad de las legítimas de los herederos forzosos es defendida tanto de las disposiciones testamentarias del causante, como de las donaciones que el mismo haya efectuado eventualmente. Como señala Gamarra ¹: *“Sería ilusoria la prohibición de vulnerar la legítima por acto de última voluntad (testamento) si el causante pudiera realizar durante su vida donaciones que, luego de insumir por completo la parte de libre disposición, vulneraran la porción legitimaria”*.

Es por ello que se prevé, en nuestro ordenamiento, la acción de reducción de donaciones por inoficiosas. Esta acción se interpone a efectos de recuperar el valor de las donaciones realizadas en vida por el causante en cuanto perjudiquen las legítimas (art.1639 CCU).

El presente trabajo se dirige a reflexionar acerca de lo que ocurre en cuanto a la posibilidad de entablar la acción contra el tercero adquirente de la cosa donada, hipótesis que podría darse ante la insolvencia del donatario.

En torno a esta temática se analizan dos artículos claves del Código Civil: 1.112 y 1.640. La concurrencia de estos dos artículos y su diversa interpretación, ha dado lugar a dos posiciones en torno al alcance y aplicación de la acción antes mencionada. Dichas posiciones se comentarán a continuación a efectos de este estudio.

2. ARTÍCULOS EN CUESTIÓN: 1.112 Y 1640

El marco de derecho positivo del cual emerge la temática está dado por las normas antes mencionadas. El art. 1.640 en el capítulo referente a reducción de donaciones dispone: *“Si las donaciones no cupieren todas en la porción disponible, se suprimirán o reducirán las más recientes por el orden posterior de la fecha de su otorgamiento en lo que resultare exceso (inc.1º). La insolvencia del donatario ocurrida en vida del donante gravará proporcionalmente a los otros donatarios y al heredero. (Artículo 1.112) (inc.2º). En este caso no entrará en el cálculo general de bienes (889) el valor de la donación hecha al insolvente; sin perjuicio de que si viniera después a mejor fortuna sea obligado a reintegrar a los otros donatarios y al heredero de lo que les hizo perder el estado de insolvencia”*.

Es a partir de la remisión entre paréntesis de la norma antes citada en el inciso segundo, que entra en juego el segundo artículo para dilucidar la cuestión, el artículo 1.112 en sede de colación: *“Cuando el inmueble o inmuebles donados excedieren el haber del donatario y éste los hubiera enajenado, los coherederos sólo podrán repetir contra el tercer poseedor por el exceso y previa excusión de los bienes del donatario”*.

La discusión a nivel doctrinario se traba en la medida en que el inciso 2º del art. 1.640 y el art. 1.112 parecen regular la misma situación con diversas soluciones (Al menos este resulta ser el enfoque que se le ha dado al tema últimamente en doctrina). Mientras la primera norma parece negar la acción contra terceros (en la medida en que la insolvencia gravará a donatarios y herederos), la segunda la otorgaría en ciertos casos.

¹ Gamarra Jorge, TDCU, t. VI, pág.111

3. POSICIÓN MINORITARIA

La posición que originariamente expuso Secco Illa, emitida en ocasión de evacuar una consulta ha originado la polémica. Muy recientemente y luego de haber sido ampliamente criticada por la doctrina civilista, ha vuelto a ser afirmada por Gerardo Caffera², quien ha contestado en un artículo doctrinario a los principales argumentos de la tesis mayoritaria, tal como será desarrollada más adelante.

A) Argumentación de Secco Illa

Se resumirán a continuación los principales fundamentos de la opinión de Secco Illa³.

Sostiene que la acción de reducción de donaciones no puede en ningún caso perjudicar a los adquirentes de las cosas donadas. La insolvencia del donatario grava a los herederos y a los otros donatarios pero nunca al tercero adquirente y se funda en el carácter personal que reviste la comentada acción.

Como tal es acción contra el donatario y no contra cualquiera que posea la cosa como en las acciones reales. En este sentido, la acción no persigue que se devuelva la cosa donada, sino un valor.

Por otra parte argumenta que como es sabido, el art. 1.112 que permite repetir contra el tercero adquirente está en sede de colación y no es extensible a otros regímenes porque solo refiere a casos en que el inmueble donado excediere el haber del donatario. Esto último, según dice, sólo tiene lugar entre coherederos forzosos, no cuando se trata de la reducción de la donación hecha a un extraño, pues respecto de él nunca se podrá decir si la donación excede o no su haber.

Finalmente afirma que la propia referencia a coherederos del art. 1.112 indica que solo puede aplicarse en el contexto de una colación, vale decir, que solo puede tener lugar entre coherederos forzosos mientras que la reducción la podría pedir un único heredero contra un donatario extraño.

4. POSICIÓN MAYORITARIA

De acuerdo con esta postura, la acción de reducción de donaciones contra el tercero adquirente del objeto de la donación, es posible en ciertas hipótesis. La misma tiene a Coelho de Oliveira, Vaz Ferreira y Gamarra como sus más destacados representantes.⁴

4.1. Interpretación clásica (Coelho de Oliveira)

Este autor fue quien sostuvo la polémica en el inicio con Secco Illa. Postuló la aplicabilidad a la reducción de donaciones de la regla de la colación, fundándose básicamente en la idea de evitar fraudes y mala fe, en protección de las legítimas.

En cuanto a la regla conforme a la cual la insolvencia del donatario ocurrida en vida del donante grava a los demás donatarios y a los herederos (art. 1.640), opina que la misma se puede conciliar perfectamente con lo postulado en el art. 1.112. En tal sentido sostiene que no hay contradicción ya que, mientras uno de los artículos resulta aplicable cuando hay una cosa ha sido enajenada a un tercer poseedor, el otro en cambio lo es cuando se trata por ejemplo, de una donación en dinero. Lo anterior se explica porque si el donatario es insolvente y no ha enajenado la cosa, falta el tercer poseedor que responda de la reducción, es razonable entonces, que el monto de la reducción grave proporcionalmente a los demás donatarios y al heredero.

En cuanto a si la acción es real o personal, estima que la acción real supone un derecho en la cosa o contra la cosa, y desde que en la reducción se debe en equivalente y no en naturaleza, no hay pues, un derecho en la cosa ni contra la cosa. La acción es entonces, para este autor, personal con la particularidad de que no solo puede entablarse contra el donatario, sino que también contra un tercero (el poseedor de la cosa donada).

Coelho de Oliveira también critica la posición de Secco Illa puntualizando que el hecho de que el art. 1.112, en sede de colación, solo conceda acción contra terceros a los coherederos y en los casos en que los

² Caffera Gerardo, Reducción de donaciones La acción contra el tercero adquirente Crítica de la doctrina dominante, ADCU XXII, pág.469

³ Secco Illa J., Rev. D.J.A., f.20, 1913, pág.2

⁴ Vaz Ferreira Eduardo, Tratado de las Sucesiones, t.2, Vol. II, pág.430; Coelho de Oliveira Benjamín, Apuntes sobre reducción de donaciones, en Rev. As. Escr., t.1, pág 291 citado por Vaz Ferreira, op.cit. pág.439; Gamarra Jorge, TDCU, t. VI, pág.115

inmuebles donados excedieren el haber del donatario no demuestra nada. A su entender cuando una norma de una materia específica se debe aplicar a otra materia, no puede estarse a los términos literales.

Asimismo, contra el argumento de que el art. 1.112 solo opera cuando los inmuebles donados excedieren el haber del donatario y por ello no pueden abarcarse los casos en que el donatario es un extraño (no heredero), se entiende que “haber del donatario” es una expresión sumamente ambigua, que puede significar inclusive patrimonio.

Finalmente, el autor citado entiende que la coordinación del art.1.112 con el art. 1.640 no presenta ninguna dificultad. Así concluye que a los otros donatarios y a los herederos forzosos los gravará la insolvencia del donatario, cuando la acción contra el tercero no fuera posible por ser muebles las cosas donadas (o siendo inmuebles hubieren perecido por culpa del donatario). Argumenta en este sentido, que si la acción contra terceros se permite en la colación, aún tratándose de donaciones que no vulneraron las legítimas, con más razón debería concederse en sede de reducción, donde hay legítimas perjudicadas.

4.2. Argumentación basada en antecedentes (Vaz Ferreira)

Vaz Ferreira comienza su argumentación a favor citando el art. 1.112 antes transcripto y señalando respecto del mismo que resulta aplicable a la reducción de donaciones en virtud del inc.2º del art. 1.639, conforme al cual para la reducción de donaciones deberá estarse a lo dispuesto en materia de colación. El art. 1.112 permite a los coherederos accionar contra el tercero poseedor del inmueble donado.

El autor mencionado se remonta a una de las fuentes de nuestro Código Civil, el proyecto de García Goyena. El art. 1.112 sería a su juicio una copia del art. 891 de dicha fuente, en cuyo comentario García Goyena refiere a la posibilidad de los coherederos de repetir contra el tercero poseedor en la medida en que la donación fuere inoficiosa. Asimismo, nuestro art. 1.639 sería equivalente al art. 971 del referido proyecto, que tratando sobre reducción de donaciones refiere a colación.

4.3. Aplicabilidad del art. 1.112

En mérito a lo anterior, según Vaz Ferreira, no quedan dudas acerca de la posibilidad de dirigir la acción de reducción contra terceros poseedores, pero admite que la misma se reserva a casos especiales. En efecto, debe tratarse de donaciones de inmuebles como surge del texto del art. 1.112 y como lo expresa el autor comentando la doctrina extranjera: “... en principio la acción de reducción solo está abierta contra el donatario (...) solo en caso de insolvencia la ley permite a los herederos forzosos accionar contra los subadquirentes, y que todavía solo les abre esta acción en tanto la donación haya tenido por objeto un inmueble”.

4.4. Obligaciones “propter rem”

Queda todavía un tema pendiente de explicación relativo a esta tesis. Es la cuestión de cómo puede en algunos casos dirigirse la acción de reducción de donaciones contra terceros, extraños, tratándose de una acción personal. Vaz Ferreira justifica este extremo a través del concepto de obligación *propter rem* y admitiendo que la acción de reducción nace de una obligación de este tipo.

Las obligaciones *propter rem* se definen como aquellas “cuyo sujeto pasivo se determina por la posesión de un fundo; o como obligaciones ligadas a un derecho real sobre una cosa individualizada. En consecuencia la obligatio *propter rem* se transmite *ipso iure*, no a los herederos o sucesores universales del obligado sino a sus causahabientes a título particular”⁵.

4.5. Adhesión de Gamarra

El profesor comparte básicamente la posición y los argumentos de Vaz Ferreira y Coelho de Oliveira. Advierte al principio, sin embargo, que el inciso tercero parecería confirmar la tesis de Secco Illa en cuanto dispone que “en este caso no entrará en el cálculo general de bienes (art. 889) el valor de la donación hecha al insolvente”, ratificando la incidencia del perjuicio de la insolvencia.

⁵ Vaz Ferreira, op. cit., pág. 441

Comparte entonces, lo dicho acerca de que es posible la aplicación del art. 1.112 para la reducción, en virtud de lo que dispone el art. 1.639 in fine.

Concilia ambos sistemas por lo tanto, haciendo regir las donaciones de inmuebles por el artículo 1.112 y las de bienes muebles por el art. 1.640 inciso 2°. Destaca para ello que en los bienes inmuebles el adquirente tiene más chance de informarse sobre el título del donatario enajenante mientras que en los muebles no es posible.

5. CRÍTICA A LA TESIS MAYORITARIA (CAFFERA)

Gerardo Caffera parte de la siguiente premisa: lo que dispone cada una de las normas, si rigen para la misma hipótesis, es claramente contradictorio (1.112: hay acción contra el tercero adquirente; 1640: no la hay). A su juicio entonces, solo queda una vía: demostrar que los arts. 1.112 y 1.640 refieren a supuestos diversos.

La argumentación de la tesis mayoritaria a su entender, puede ser descompuesta en cuatro fases concatenadas. Cada fase supone la introducción de una nueva proposición que implica que se ha superado con éxito la anterior. Entonces sucederá que al refutarse la primera proposición, necesariamente va a quedar refutada la tesis entera. La primera fase sería como ya se dijo que ambas normas rigen para reducción de donaciones.

Se ha sostenido por parte de representantes de la tesis mayoritaria, como Gamarra y Vaz Ferreira que el art. 1.112 corresponde a las normas de colación y rige en materia de reducción de donaciones en virtud del art. 1.639 parte final y por ello hay acción de reducción contra el tercero poseedor del inmueble donado.

Según Caffera la remisión genérica del art. 1.639 a las normas de colación debe entenderse para todo aquello que no tenga específica regulación en sede de reducción, por lo tanto no basta la simple remisión, sino que debe probarse que el punto *_insolvencia del donatario_* no tiene regulación específica en sede propia.

También se reclama la vigencia del art. 1.112 por una referencia entre paréntesis a este artículo, que se hace en el art. 1.640. La referencia entre paréntesis por sí sola, según Caffera, es intrascendente por su carácter ambiguo. En este sentido explica que según los principios que rigen el discurso del legislador se ve que las meras citas entre paréntesis en el seno de otros artículos puede indicar tanto identidad como diversidad de soluciones o áreas de aplicación, o sea que puede ser un llamado de atención sobre la diferencia entre ambas normas (pone un ejemplo al respecto de lo que sucede con el art. 1.625).

En cuanto al argumento extraído por la posición mayoritaria del proyecto de García Goyena, critica el hecho de que se pretenda suponer que, como el art. 891 de dicho proyecto (equivalente a nuestro 1.112) es aplicable en sede de reducción, en nuestro Código el art. 1.112 también sea aplicable en esta sede. El autor apunta que el art. 972 del proyecto de García Goyena (que correspondería al art. 1.640 de nuestro Código) solamente incluye el primer inciso del 1.640. En consecuencia, al no haber un texto como el del inciso segundo del art. 1.640, no existe otra regulación sobre el donatario insolvente y hay que remitirse al 891 (1.112 del CCU). Pero en nuestro Código el propio 1.640 establece un régimen diverso del art. 1.112, que por otra parte no distingue si lo donado era mueble o inmueble.

4.3. Adhesión a la postura minoritaria (Caffera)

El art. 1.112 no es aplicable en ámbito de reducción, allí por lo tanto nunca hay acción contra el tercero adquirente. El art. 1.112 rige solamente en casos de colación, los cuales implican que se trata de donaciones a herederos forzosos y existe acción contra el tercero adquirente de inmuebles donados. Solo las donaciones efectuadas a quien resulta ser luego heredero forzoso del donante son un riesgo para el adquirente. Se podrá repetir por el precio pero no por la cosa. Cuando el donatario no es heredero forzoso, el art. 1.640 cierra toda posibilidad de acción contra el tercero.

El autor también argumenta en base a motivos de "ratio legis". En este sentido, la reducción es un modo de proteger las legítimas y la colación, por su parte, un medio para asegurar la igualdad entre los hijos. La diferencia a nivel de fundamento según entiende Caffera, justifica la diferencia a nivel de texto. La reducción protege a los legitimarios considerados en conjunto y la colación tiende a lograr la igualdad entre ellos (evitar mayorazgos, régimen de primogenitura, que las donaciones pueden servir para disfrazar). Es por ello que para garantizar la igualdad entre hermanos se puede ir inclusive contra el tercero.

5. REFLEXIÓN SOBRE ESTA DISCUSIÓN

Considero que son muy sólidos los argumentos de la doctrina mayoritaria, a pesar de que podría tener alguna discrepancia con algunos de los puntos expuestos.

Con respecto a la posición contraria, creo que Caffera, a pesar de su brillante exposición y análisis del tema no logra derribar a la tesis dominante. Entiendo que muchos de los puntos que cree refutar son secundarios y no hacen al verdadero sostén de la postura mayoritaria.

En primer lugar, en lo relativo al ataque de los fundamentos relativos al antecedente, opino que si bien son indicios, no son definitorios de la cuestión en ninguno de los dos sentidos.

En segundo lugar la contestación a la remisión genérica del art. 1639 tampoco me parece que refuta el argumento. Entonces bien, si aquella remisión es para lo que no está específicamente regulado en sede de reducción de donaciones ¿a qué se aplica? ¿no es una gran casualidad que acto seguido, en el artículo siguiente el codificador refiera expresamente al art. 1.112? ¿no sería demasiado confuso que en un artículo hiciera una remisión genérica (1639) y en el inmediato siguiente (1640) una particular al mismo régimen pero solo para decir que es lo contrario? Este tipo de cuestionamientos me llevan a pensar en una cierta inconsistencia de la referida “refutación”.

Por otra parte Caffera tacha de ambigua la remisión del art. 1.112. La ambigüedad, por su propia esencia si bien no sirve para confirmar la tesis de la doctrina mayoritaria tampoco puede servir para dar como definitiva la minoritaria. La ambigüedad no puede servir para inclinar la balanza en un sentido o en el otro, porque justamente puede jugar a favor de ambos y entonces no puede importar la refutación absoluta de un argumento.

Por último, el autor ofrece fundamentos de *ratio legis* que a mi juicio son totalmente contestables. Dice que la reducción es un modo de proteger las legítimas y que en cambio la colación por su parte un medio para asegurar la igualdad entre los hijos y que por esta diferencia se justifica la diferencia en el régimen. Es muy cierto como dijo el autor que la colación tiende a lograr y proteger la igualdad entre hermanos (evitar mayorazgos, etc), pero ello no implica que los herederos considerados en su conjunto no merezcan un nivel de protección similar de sus legítimas. Creo que es muy arbitrario decir que la igualdad entre los hermanos necesariamente requiere más protección que la intangibilidad de las legítimas de los herederos en su conjunto. No puede negarse el nivel de protección que requiere lo primero, pero creo que no hay razones para pensar que la misma protección no pueda asistir a lo segundo.

Siguiendo con esta línea de argumentación se dice que esta ampliación a la acción del tercero sería una traba a la circulación de los bienes pero en definitiva el comercio de inmuebles no se realiza a la ligera. El comercio de inmuebles requiere de títulos y de registros, de manera que estos antecedentes de títulos donación son rastreables.

Hablando además en términos de política legislativa, el mismo autor reconoce que la postura que sostiene favorecería el fraude.

6. CONCLUSIÓN

En virtud de lo antes expuesto, adhiero a la posición mayoritaria, considerando que si bien las críticas a la misma llaman a la reflexión y enriquecen el tema, no son suficientes para que quede refutada.

El hecho de que se haga dos referencias al régimen de colación en artículos consecutivos, primero una general y luego otra particular, es a mi entender es una clara señal con la que el legislador nos está diciendo que estamos en regímenes e incluso en situaciones similares o prácticamente iguales. Después de todo, tanto en la reducción de donaciones como en la colación se protege una legítima.



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

- *Anuario de Propiedad Intelectual 2004*
- *Etica, Poder y Estado*
- *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*
- *A 200 años del Código Civil francés*

ANUARIO DE PROPIEDAD INTELECTUAL 2004

Grupo de Propiedad Intelectual – GPI,
Universidad de Montevideo

El Anuario de Propiedad Intelectual 2004 es una nueva muestra del excelente trabajo de investigación, actualización y difusión que el Grupo de Propiedad Intelectual de la Universidad de Montevideo viene desarrollando desde el año 2001.

En este número, se ofrece en primer lugar la monografía **Régimen de Derechos de Autor sobre Bases de Datos**, de Alejandro Alterwain, que obtuviera el 1er premio en el concurso de monografías llevado a cabo por el GPI, en el año 2004. Un destacado aporte que cubre en forma clara y sistemática una cuestión de gran actualidad.

En la sección *Artículos* de doctrina, se incluyen varios trabajos sobre patentes. Entre ellos, **La Aplicación de la Doctrina de los Equivalentes en el ámbito de la Patente Farmacéutica**, de Andrea Barrios, que aborda un tema que ha dado mucho que hablar en los últimos años, especialmente en el Derecho Anglosajón, y **Defensa de la Competencia y Patentes**, de Mercedes Castells, que nos ilustra sobre la tensión entre el monopolio de las patentes y la defensa de la competencia.

Virginia Cervieri escribe sobre la **Incautación de Mercadería Falsificada en Zonas Francas**, abordando aspectos jurídicos y prácticos de gran utilidad.

Ingresando en la temática del Derechos de Autor, Eduardo de Freitas realiza sus **Reflexiones Preliminares sobre la Autoría y Titularidad de las Obras Audiovisuales**, recorriendo con su claridad habitual diferentes cuestiones como -por ejemplo- la cesión de derechos, las obras en colaboración y las presunciones de titularidad.

Retomando el Derecho de Patentes, Gustavo Fischer ofrece sus **Apuntes sobre Patentes de Reválida, el Tratado sobre Patentes de Invención de Montevideo de 16 de enero de 1889 y su Vigencia y Actualidad en el Uruguay**, alineándose a quienes postulan la vigencia del referido tratado, aunque señalando las limitaciones del objeto patentable en las previsiones del mismo.

Diego Galante refiere a la **Propiedad Intelectual en el Tratado de Libre Comercio de Uruguay con México**, haciendo un interesante análisis de aquellos aspectos más destacables que dicho TLC prevé en la materia.

En un artículo que -sin dudas- dará pie a interesantes discusiones, Omar Tuvi escribe sobre la **Naturaleza Jurídica y Competencias del Consejo de Derechos de Autor, conforme a las leyes 9.739,**

17.616 y si Decreto Reglamentario. La posición que arriesga el autor puede tener consecuencias directas sobre el agotamiento de la vía administrativa respecto a resoluciones emanadas del Consejo de Derechos de Autor y la posterior acción de nulidad ante el TCA.

La sección *Jurisprudencia Comentada* incluye dos fallos realmente interesantes. El primero, de la Corte de Apelaciones de París, traducido por Natalia Gomensoro y brillantemente comentado por Carlos Fernández Ballesteros. Trata el caso **“Les Misérables”**, siendo quizá uno de los más representativos ejemplos de la actualidad y vigencia de los “derechos morales”.

Seguidamente, Juan Manuel Gutiérrez estudia una reciente sentencia que involucra novedosas cuestiones vinculadas a Internet. Sus comentarios llevan como título: **Linking y Framing en Internet. Reproducción? Comunicación Pública? Obra derivada? Uso ilícito de marca?**

La sección *Crónicas* del Anuario comienza con un aporte de Martín Sebastián Acosta referido a marcas colectivas. Bajo el título **Marca Colectiva: una Herramienta para los Negocios**, el autor analiza el proceso de registro e implementación de la marca “INTEGRO – Information Technology Group”.

Anabela Aldaz nos ilustra sobre la acción de habeas data en su trabajo titulado **Análisis Preliminar de la Ley 17.838. Protección de Datos Personales Comerciales y Acción de Habeas Data.**

Alejandro Alterwain escribe sobre **Los Derechos de Autor en la Actividad Periodística y la ley 17.805**, recorriendo las previsiones de esta nueva ley.

Un nuevo trabajo vinculado a Internet a cargo de María Balsa Cadenas, **Contrato de Desarrollo de Website**, deja a las claras el impacto que la Red de Redes está provocando en el Derecho.

Beatriz Bugallo realiza un análisis claro y sistemático en **Las Funciones de la Marca**, relevando una recomendable y actualizada bibliografía.

Volviendo al Derecho de Autor, Martha Caviglia realiza un estudio sobre el **Droit de Suite: su Reglamentación y Régimen Jurídico Uruguayo**, incluyendo las novedades en la materia.

Seguidamente, María Fernanda Cea analiza las marcas no tradicionales en sus **Breves Consideraciones y Cuestiones Prácticas relacionadas con las Marcas Sonoras, Olfarivas y Texturadas.**

Las denominaciones de origen tienen su lugar en este número del Anuario a través de un trabajo de Victoria Dabezies: **Avances en la Protección de las Denominaciones de Origen de Vinos Argentinos.**

En un aporte muy útil al abogado litigante, Juan Defféminis escribe sobre **Medidas Cautelares en Propiedad Intelectual**, abordando las regulaciones del CGP y normas especiales.

Agustín Mayer estudia el **Nombre Comercial y Actividades susceptibles de ser protegidas bajo su Régimen Legal**, analizando el alcance de este concepto esencialmente dinámico.

Por último, Ana Nocetti cierra la sección con las **Marcas Engañosas en el Mercado, Reflexiones sobre Algunos Supuestos**.

En definitiva y como viene de verse, esta nueva entrega del Grupo de Propiedad Intelectual de la Universidad de Montevideo, constituye una referencia obligada y de trascendente utilidad en la materia. La variedad y riqueza de los temas tratados hacen de esta publicación un ejemplo muy elogiado, único en la región.

Juan Manuel Gutiérrez

ETICA, PODER Y ESTADO

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004, 191 págs.

Con un excelente Prólogo del Profesor argentino Julio Rodolfo Comadira, la obra que se comenta se divide en siete partes, a saber: Introducción, La ética en nuestro tiempo, La importancia de la ética, Nuevas claves del Estado de Bienestar, Ética en la Administración Pública, La corrupción, y Reflexiones finales.

Por el contenido que viene de describirse, esta obra del distinguido Profesor español Jaime Rodríguez-Arana Muñoz se inscribe en una fecunda labor del autor en torno a los temas que abarca, pautada por sus anteriores libros "Principios de Ética pública" (Montecorvo, Madrid, 1993), "Cuestiones de ética social" (Diputación Provincial, Lugo, 2000), y "La dimensión ética" (Dykinson, Madrid, 2001).

En coincidencia con el pensamiento del autor, especial atención merece el aludido Prólogo del Profesor Julio Rodolfo Comadira, el cual describe la proficua labor del Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de La Coruña, no sólo como estudioso, publicista y funcionario, sino también -con justicia- como promotor de la hermandad iberoamericana y posibilitador del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, fundado en Santa Cruz de la Sierra (2002) y que, hasta el presente, ha realizado ya tres fecundas reuniones de trabajo en Antigua de Guatemala (2002), Cartagena de Indias (2003) y La Coruña (2004).

Tras la Introducción, el primer compacto del libro está dedicado centralmente a la Ética como ciencia que "se apoya en la distinción entre lo que se puede hacer y lo que se debe hacer". Más allá de la constatación de que la Ética parece estar de moda, enfatiza el autor que la Ética jurídica, como cualquier modalidad de Ética profesional, es en realidad Ética personal, por lo que la salida de las crisis que viven nuestros países depende de los hombres, de cada hombre que, desechando el cinismo y la desesperanza, ajuste su conducta a normas con altura ética, con finura moral y con grandeza de miras.

En segundo lugar, el bloque dedicado a las nuevas claves del Estado de Bienestar parte de la constatación de la crisis del mismo, no sólo desde el punto de vista económico sino como modelo de Estado. "Hoy muy pocos dudan de la profunda transformación que se está produciendo en el papel del Estado en relación con el desarrollo económico y social. Es lógico porque los tiempos cambian y los escenarios ya no son los de antaño. Ciertamente, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, se produjo un movimiento de claro tinte intervencionista que provocó la posición dominante del Estado en el proceso del desarrollo. Entonces, la

presencia del Estado en la actividad económica y social se manifestaba cuantitativamente. Hoy, sin embargo, la realidad se ha transformado; es otra, y bien distinta. La cuestión no es la cantidad de presencia o de intervención... La clave ya no es la estructura pública, sino la persona y, por tanto, la gran cuestión es que la reforma administrativa se realice en función de la gente y no al revés".

En tercer término, el autor dirige la atención del lector hacia la Ética en la Administración Pública, poniendo el énfasis en que la Ética pública no puede ser una Ética de situación ya que no son las circunstancias las que presiden la actuación del funcionario público, sino la fuerza de la noción del servicio a la colectividad.

Para ello, enuncia diez principios generales de actuación ética que deben presidir el accionar administrativo: procedimientos de selección para el ingreso y promoción en la carrera administrativa, anclados en los principios del mérito y la capacidad; formación continua de los agentes públicos; gestión de personal presidida por el buen tono y la educación esmerada; actitud de servicio e interés ante lo colectivo; identificación institucional del agente con los fines del organismo; inclusión de la Ética pública en los planes de formación de los funcionarios; búsqueda de la economía y de la eficiencia; respeto de los principios de igualdad y no discriminación; observancia pertinente de la confidencialidad de la información; y conciencia funcional del papel promocional del Estado social y democrático de Derecho respecto del desarrollo integral de los ciudadanos y del ejercicio por éstos de sus derechos fundamentales.

Antes de las Reflexiones finales -verdadera síntesis de todo el libro- la última parte sustancial está referida a la corrupción, entendida como "utilización de potestades públicas para la satisfacción de intereses puramente personales o extrapúblicos".

Al respecto, el autor repasa una serie de conductas demostrativas del fenómeno, señala su universalidad y estudia sus principales causas, entre las que cita el relajamiento de los principios morales de la sociedad, que da lugar a una proliferación del mal ejemplo, y el acento que se pone en las cosas que se tienen y no en lo que cada uno es.

En suma, como bien sintetiza el prologuista, "Este nuevo libro del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz es un valioso aporte científico para el estudio de las más importantes cuestiones atinentes a la Ética en su relación con el poder y el Estado; y es también una obra de lectura aconsejable para quienes con vocación por el ejercicio de la función pública, quieran bucear en su propia interioridad en la búsqueda de valores trascendentes".

Carlos E. Delpiazzo

VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías

Fundación de Estudios de Derecho Administrativo Caracas, 2004.

En noviembre de 2004 se celebraron en Caracas, Venezuela, las VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carías". Éstas se realizan anualmente desde 1995, de forma ininterrumpida, circunstancia determinada por el encomiable acicate de la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, institución que, creada por iniciativa de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de Venezuela en 1993, ostenta entre sus principales objetivos "la divulgación de las actividades y manifestaciones científico-jurídicas en el campo del Derecho Administrativo".

El volumen publicado en Caracas por Ediciones FUNEDA (2004), recoge los aportes de ilustres doctrinos de cinco países iberoamericanos, pero, además, cristaliza una realidad incontestable que le precede y le honra: la tenacidad de una institución que supera el esfuerzo efímero, tibio, para entregarse con audacia en un claro compromiso por el progreso científico; y, a un tiempo, la gratitud y reconocimiento por el egregio profesor del cual las Jornadas han tomado su nombre, Allan Randolph Brewer-Carías.

Allan Randolph Brewer-Carías, prestigioso e incansable investigador nacido en Caracas en 1939, ha dedicado su vida y esfuerzo físico e intelectual a enaltecer la Ciencia Jurídica, desde la academia y la cátedra, mas aun a través del ejercicio profesional en el ámbito privado y en la función pública. Prueba cierta de esta insigne trayectoria es su profusa producción, que incluye la publicación en Venezuela y en el exterior de más de cincuenta libros de su materia, la de numerosos artículos en revistas especializadas, y la participación en diversos foros y asociaciones consagrados al estudio y desarrollo jurídicos.

La edición de las VII Jornadas, que preserva el tradicional cuidado por la excelencia de sus contenidos, presenta, luego de una extensa nota bibliográfica del profesor Brewer-Carías, once trabajos de la más alta calidad académica, preparados por especialistas en Derecho Administrativo de la Argentina, Colombia, España, Uruguay y Venezuela.

El primero de ellos, del propio Brewer-Carías, estudia un tema que trasciende el interés meramente jurídico, y posee especial relevancia para la economía y sociedad venezolanas en la actualidad, "El régimen de participación del Capital Privado en las Industrias Petrolera y Minera: Desnacionalización

y Técnicas de Regulación a partir de la Constitución de 1999". La magnitud del punto revela el servicio de las fórmulas jurídicas para obtener mejores resultados económico-sociales, que trasuntan en el bienestar de las personas, en cuestiones tan importantes como la matriz energética y la explotación de los combustibles fósiles y de los recursos minerales.

El siguiente trabajo, del Dr. Carlos E. Delpiazzo, se interna en otro aspecto jurídico de notorias implicancias en la concepción del hombre y su perfeccionamiento individual y social: su integración en sociedades intermedias y, particularmente, su libre desempeño económico ante el Estado, organización colectiva mayor. En "Los Derechos Fundamentales y la Libertad Económica", el profesor uruguayo profundiza en el rol histórico del Estado en la búsqueda de un equilibrio entre la protección de los hombres que lo integran y el legítimo derecho de ellos mismos por ejercer su libertad económica. Los nuevos desafíos que en nuestro tiempo se manifiestan para la sociedad y para la defensa de los derechos fundamentales, son los de un Estado que propende al progresivo retiro del ámbito privado, a la subsidiariedad y a la garantía de servicios universales, todo ello sin perjuicio de la ubicua amenaza impuesta por la globalización y el exacerbado liberalismo económico. La observación final del fenómeno no es para el autor pesimista, pues emerge de la plena confianza en la capacidad del Derecho Administrativo, también ante el novedoso papel del Estado como regulador, de articular entre autoridad y libertad y lograr que el Estado se preserve como digno gestor del bien común.

Por su parte, "Tratamiento Doctrinario y Jurisprudencial de la Discrecionalidad Administrativa en Venezuela" es un atractivo aporte de la profesora María Amparo Grau, que analiza críticamente el concepto de discrecionalidad administrativa en Venezuela, su relación con la categorización de los actos administrativos en reglados o discrecionales, los límites de la discrecionalidad y singularmente su cariz técnico frente a los conceptos jurídicos indeterminados. El enjundioso estudio teórico se ve complementado con un examen de la construcción jurisprudencial que sobre el tema han erigido los tribunales especializados en Venezuela.

El cuarto estudio fue elaborado por el profesor Jorge Luis Suárez M., sobre "Las Libertades Económicas y el Derecho Comunitario", y discurre por páginas cargadas de conocimiento técnico y comprometidas visiones del fenómeno de resguardo de las libertades económicas. El análisis se encuentra inmerso en las experiencias de integración que, superando la intergubernamentalidad, emprenden relaciones supranacionales y confieren una nueva dimen-

sión, de mayor intensidad, a la protección de los derechos humanos.

“La Inactividad Reglamentaria de la Administración Económica” llama la atención sobre la ilegalidad administrativa que supone la omisión en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Esta omisión ilegítima se presenta cuando el reglamento omitido tiene un grado de exigibilidad suficiente, en virtud de los términos en los que la legislación habilita, exhorta u ordena al órgano administrativo el ejercicio de su potestad. La autora, profesora Daniela Urosa Maggi, despliega además las alternativas de defensa y accionamiento de los sujetos ante un caso de inactividad administrativa que puede considerarse antijurídico.

El profesor José Ignacio Hernández G. ofreció en las Jornadas su ponencia sobre la “Disciplina Jurídico-Administrativa de la Libertad Económica: La diatriba actual entre la libertad económica y el Estado Social”. La exposición, que en este volumen se transcribe, indica desde el sugerente título escogido y naturalmente en su ulterior desarrollo, la importancia del tema tratado, y las controversias que éste ha generado en ámbitos jurídicos y políticos. El vasto y sólido análisis, imprescindible, culmina con una severa reflexión a propósito de la coyuntura actual de la libertad de empresa en Venezuela, la cual, más allá de su criticismo, debe estimarse como calificada opinión entre las diferentes concepciones que ha propiciado un proceso en extremo singular como es el venezolano.

El séptimo trabajo corresponde al profesor Pedro José Jorge Coviello, sobre “La Confianza Legítima”, instituto de origen reciente en el Derecho Público alemán, pero de notable vigor y recepción en todo el Derecho comparado desde hace al menos dos décadas. El autor coloca a la confianza legítima en un sitio de privilegio, entre los principios generales del derecho, y la distingue de otros principios e institutos asimilables, como el principio de legalidad, el de seguridad jurídica, la teoría de los derechos adquiridos o la de los actos propios, definiendo para el instituto de la confianza legítima una fisonomía acorde con las necesidades de las personas en tiempos de profundo dinamismo.

Aun cuando el retiro de la actividad privada ha signado en la última década del siglo XX al comportamiento estatal en los regímenes de tradición continental (que fueron quienes tuvieron la necesidad de

efectuar este proceso), tampoco puede negarse que este cauce ha tenido sus ambivalencias y cuestionamientos, produciéndose un retorno a los fenómenos de exclusión de la libertad económica de los particulares, en ocasiones con diferentes fundamentos a los argüidos en el pasado. Sobre este interesante proceso jurídico trata el artículo de la profesora Magdalena Salomón de Padrón, “Las Exclusiones de la Libertad Económica: Nacionalización y Reserva”, que contiene un estudio especial en vista de la Constitución venezolana de 1999.

El profesor Ignacio De León entrega a la obra colectiva un trabajo titulado “El espejismo de la Eficiencia Económica”, interesante ensayo que transita con escepticismo sobre el dogma del liberalismo económico, aquél que mitificó el esquema de competencia perfecta y mercado ausente de fallas para garantizar al mismo tiempo el desarrollo económico y el bienestar social, con éxito al menos dudoso.

La inspiración de toda la obra también se refleja en el trabajo del profesor Faustino Flamarique, “Una Primera Aproximación a la Regulación Constitucional de la Libre Competencia en Venezuela”, que permite conocer en concreto las disposiciones que la nueva Constitución venezolana destina a la regulación de la competencia, en contraste con el acentuado laconismo del texto pretérito, de 1961.

Finalmente, el artículo de la profesora Judith Rieber de Bentata, “Libertad de Empresa en la Liberalización del Sistema Económico”, recalca en el nuevo papel del Estado en el proceso de liberalización económica, que lejos de suponer una reducción de la presencia del Estado en la actividad privada, implica una redirección de sus esfuerzos, ya no convencionales, sino involucrados con la difícil tarea de regular sectores en los que muchas veces posee menos conocimiento que los propios sujetos regulados.

La conclusión necesaria para esta reseña no es otra que una encendida recomendación. Sus contenidos, diversos pero vinculados en una temática moderna y atractiva, se hallan a la altura de las pretensiones de la obra y de su génesis, las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. Como expuse al comienzo, son demostración empírica de la excelencia, la constancia y el compromiso en el progreso del conocimiento, realidades intrínsecas al ser humano pues, al decir de Mounier, “rehusar el compromiso es rehusar la condición humana”.

Carlos Loaiza Keel

EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 1804 Y EL CÓDIGO CIVIL CHILENO DE 1855. INFLUENCIAS, CONFLUENCIAS Y DIVERGENCIAS.

Ian Henríquez Herrera, Hernán Corral Talciani. Editores.

Cuadernos de Extensión Jurídica n° 9, Universidad de los Andes, Santiago de Chile 2004, 165 páginas.

En el 2004 se cumplieron doscientos años del nacimiento a la vida jurídica de una de las obras más célebres del mundo, el *Code Civil du Napoleone*. Por dicho motivo, la Universidad de los Andes publicó este libro realizado por un selecto grupo de profesores, en su mayoría de Universidades chilenas.

Nadie puede desconocer el protagonismo del Código Napoleónico en la casi totalidad de los Códigos Civiles del resto del mundo occidental. Con una sensibilidad pragmática envidiable y un extraordinario sentido común, Napoleón logró cristalizar las caras conquistadas de la Revolución en una norma jurídica completa y ordenada. Si bien el Emperador no fue muy liberal en cuanto a la forma de gobernar, el contenido de su Código y de los ordenamientos que en general le imponía a los pueblos eran de una sofisticación tal, que frente a las "independientes normativas" de la época, eran verdaderas liberalizaciones. Su sensibilidad social y la racionalidad de sus fundamentos fue lo que aseguró su victoria ante los ordenamientos deístas y oligarcas de las monarquías. La adecuación del *Code* a las necesidades de la época fue tan justa que nada más y nada menos Hegel, siendo prusiano, exclamó que no se podía llegar más lejos en el plano de la civilización al haber llevado a los pueblos germanos su *Code*.

El libro que se presenta, sirve para indagar en los orígenes de nuestras legislaciones civiles. Es una romería por los institutos (algunos de ellos hoy en desuso) heredados del Código Napoleónico por el Código Civil Chileno. Institutos que constan en casi todos los Códigos Civiles que han recibido el precioso legado del *Code Civil*, entre los que se encuentra el uruguayo. Es una obra de gran interés para los investigadores, en la que se reflejan los aportes de grandes maestros como Pothier, con su gran sutileza empírica, tal como exclamó el Jurista Carlos De Cores en una de sus magistrales cátedras.

Comienza, con una reseña, a cargo del Profesor Alejandro Guzmán Brito, de la evolución legislativa de algunos de los tantos ordenamientos que han tomado como modelo el *Code*; para luego emprender el análisis ordenado y pormenorizado de la influencia del *Code* en las distintas materias del Código Chi-

leno. Es una obra de gran valor histórico en la que se ven reflejados los principios que inspiraron a los revolucionarios del siglo XIX en la antigua Europa.

Luego, el Dr. Hernán Corral Talciani comenta normas tales como las equivalentes a nuestros 128 y 131 y siguientes del Código Civil, con el machismo típico de la revolución francesa. En un régimen en el que la mujer era protegida al extremo de convertirla casi en un "parásito", donde el poder de mando se nucleaba en el varón. Denota una gran defensa del instituto de la familia, dando un privilegio, hoy cuestionado, a la filiación legítima sobre la natural, por ejemplo, en el campo sucesorio.

Como no podía ser de otra manera, acorde a los principios de la Revolución, se consagra tanto en el *Code* como en su descendiente –el código Chileno– el derecho a la propiedad privada hasta sus últimas consecuencias. En el trabajo de la Profesora María de los Ángeles Sosa Ried se destaca una concepción de la propiedad privada como un derecho que se podía ejercer arbitrariamente, con el único límite de no contrariar las leyes ni los reglamentos de la época. En nuestros días, dicha conceptualización de la propiedad se ha moderado con la aparición de los *trust* o fideicomisos y de los, más veteranos aunque menos populares, usufructos.

El Dr. Pizarro Wilson plantea una interesante discusión de la doctrina francesa, en cuanto a la existencia o inexistencia de la responsabilidad civil contractual en el ordenamiento francés. En dicha presentación se comenta el origen de la discriminación entre las obligaciones de medios y las de resultado. Discusión y planteo que no han perdido actualidad en nuestros días, ya que si bien hoy nadie discute la existencia de la responsabilidad contractual, ha resurgido el debate sobre la naturaleza y criterio de imputación de la misma.

También se resalta en la obra, el apartamiento del Código Chileno, y también cabría decir del Uruguayo, del *Code Civil* en cuanto a los requisitos necesarios para operar la transferencia definitiva de la propiedad. Pues tanto en el Código Chileno como en el Uruguayo, se siguió fielmente la corriente romana, según la cual se requería la presencia de título y modo para lograr el efecto dispositivo. Mientras que con una técnica más moderna, en el Código Napoleónico, el efecto dispositivo se obtenía con la sola presencia del acto jurídico, es decir, que el efecto de las convenciones no era meramente obligacional.

El aporte del Profesor Pedro Zelaya Etchegaray, trata de la influencia del *Code* en el Código Chileno en materia de responsabilidad civil. Al igual que el nuestro, el cuerpo legal chileno sucedió al Código Napoleónico en el tratamiento de la responsabilidad civil. Describe el inapreciable aporte de Domat, que luego sería enriquecido aún más por Pothier, en ma-

teria de responsabilidad aquiliana y contractual ambas con su base en la culpa. Estos dos expertos juristas tuvieron un rol fundamental en el estudio del criterio de imputabilidad subjetivo de responsabilidad civil fundado en la culpa. Dicho criterio de imputación sirvió para poder discriminar la responsabilidad penal de los delitos y cuasidelitos civiles, centrándose su interés en la reparación del daño y no tanto en la represión de la conducta ilegítima como era lo más habitual en la época. Si bien es cierto que en el derecho de la responsabilidad civil moderno se están abandonando los criterios de imputación subjetiva, y se está intentando llegar a un sistema objetivo de reparación de los daños; no es menos cierto, que la culpa como criterio de imputación ha sido uno de los institutos de la Teoría General del Derecho más importante de los últimos siglos.

En materia sucesoria el Dr. Jorge Barahona González realiza una prolija y minuciosa comparación del sistema francés del *Code* con el régimen consagrado en el Código chileno. Como es fácil suponer, el Código Napoleónico implicó una victoria en el campo de la igualdad. Siendo este uno de los colorarios cardinales de la Revolución, se suprimieron todas las prerrogativas fundadas en primogenitura, sexo, entre otras causales. Sin embargo, la igualdad no fue total, tal como se insinuó más arriba, había dos clases de herederos los legítimos y los irregulares. Estos últimos tenían la peculiaridad de que no se producía con respecto a ellos el efecto de la *saisine*, sino que debían solicitar la posesión de la herencia, no se los consideraba continuadores de la personalidad del causante. Entre los irregulares se encontraban los descendientes naturales, lo que de-

nota, como se dijo, una preocupación por preservar a la familia y la necesidad de compatibilizarlo con el valor igualdad.

La última obra, consiste en una exposición del Profesor Sandro Schipani, acerca del origen y la evolución de la codificación en la época de Justiniano y el rol fundamental del jurista en el perfeccionamiento del Derecho. Señala el nacimiento de los primeros juristas, y su paulatina distribución de roles dentro del mundo jurídico. En este trabajo de notable valor histórico se resalta el papel fundamental de la Universidad como cuna de juristas y sede de difusora del derecho en las diversas culturas.

"El Código Civil Francés De 1804 Y El Código Civil Chileno De 1855. Influencias, Confluencias Y Divergencias." como su nombre lo indica, no se limita solamente a marcar las influencias del *Code* en el Código civil; sino que también trata aquellos institutos que Bello ha extraído de otros ordenamientos, y que por ende se apartan del sistema del *Code*. Como el libro se realizó en homenaje al bicentenario del Código de Napoleón, pareció más acorde a la ocasión resaltar las influencias por sobre las diferencias.

Es innegable que el *Code* fue la norma de mayor repercusión en la rama del derecho más trillada, lo que demuestra su valor. Las ideas de la revolución francesa se immortalizaron en este cuerpo normativo antecesor de casi la totalidad de nuestros códigos. Mérito nada ligero de Napoleón Bonaparte. Por ello, el Emperador nunca fue tan justo como cuando inmodestamente reseñó *"Mi verdadera gloria no está en haber ganado cuarenta batallas, lo que nada borrará, y vivirá eternamente, es mi Código Civil."*

Francisco Olaso