

REVISTA IBEROAMERICANA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

N° 16

2022

Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual

DIRECTORES

Guillermo Cabanellas de las Cuevas (Universidad Austral, Argentina)
Gustavo Schötz (Universidad Austral, Argentina)

SECRETARIOS DE REDACCIÓN

Juan Fernando Córdoba Marentes (Universidad de La Sabana, Colombia)
José Manuel Magaña Rufino (Universidad Panamericana, México)

COMITÉ ACADÉMICO

Beatriz Bugallo (Universidad de Montevideo, Uruguay)
Rodrigo Cooper (Universidad Católica de Chile, Chile)
Marcelo Di Pietro (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Suiza)
Jesús Gómez Montero (Universidad Complutense de Madrid, España)
Gabriel Leonardos Kasznar (Universidad del Estado de Río de Janeiro, Brasil)
Martín Michaus (Universidad Panamericana, México)
Gemma Minero Alejandre (Universidad Autónoma de Madrid, España)
Carmelo Modica (Paraguay)
Ana María Pacón (Perú)
Miguel Rapela (Universidad Austral, Argentina)
Ernesto Rengifo García (Universidad Externado de Colombia, Colombia)
Andrés Sánchez Herrero (Universidad Austral, Argentina)

CONSEJO DE REDACCIÓN

Yanina Amoroso Fernández (Universidad de Ciencias Informáticas, Cuba)
María del Carmen Arteaga Alvarado (Universidad Nacional Autónoma de México, México)
Hugo Cuauhtémoc Contreras Lamadrid † (Universidad Nacional Autónoma de México, México)
Gustavo Fischer (Universidad de Montevideo, Uruguay)
Lucas Lehtinen (Universidad Austral, Argentina)
Flavia Mansur Murad (CeU Law School, Brasil)
Juan Miguel Massot (Universidad del Salvador, Argentina)
Graciela Melo Sarmiento (Universidad de La Sabana, Colombia)
Fabrizio Modica Bareiro (Universidad Católica de Asunción, Paraguay)
Juan Francisco Ortega Díaz (Universidad de los Andes, Colombia)
Santiago Ortúzar (Universidad de los Andes, Chile)
Jean Carlos Portillo Viscarra (Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, El Salvador)
Gustavo Rodríguez (Universidad de Lima, Perú)
Silvia Salazar (Universidad de Costa Rica, Costa Rica)
Darío Veltani (Universidad Austral, Argentina)
Claudia Viascán Castillo (Escuela Libre de Derecho, México)
Federico Vibes (Universidad Austral, Argentina)
Federico Villalba Díaz (Universidad Austral, Argentina)
Mónica Witthaus (Universidad Austral, Argentina)

EQUIPO TÉCNICO

Lucila Scibona – Profesional independiente (Marca de agua, servicios editoriales)
Edición – Corrección – Diagramación

* * * * *

Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual

ISSN 2422-569X (online)

<https://ojs.austral.edu.ar/index.php/ripi/index>

ripi@austral.edu.ar

Tel.: 011-5239-8000

Universidad Austral

Facultad de Derecho
Sede Bs. As.: Cerrito 1250 (C1010AAZ), CABA
Sede Pilar: M. Acosta 1611 (B1629WVA), Pilar
Buenos Aires, Argentina

Universidad de La Sabana

Campus del Puente del Común, Km. 7,
Autopista Norte de Bogotá, Chía,
Cundinamarca, Colombia

Universidad Panamericana

Josemaría Escrivá de Balaguer 101,
Rústicos Calpulli, CP 20296 Aguascalientes,
Aguascalientes, México

Índice

Doctrina

- El régimen jurídico y la concesión de los títulos de obtentor en México
Carlos Ernesto Arcudia Hernández, José Manuel Magaña Rufino 7
- El secreto comercial *made in Paraguay*: los alcances y límites en el derecho
laboral y en el derecho penal
Pedro Lacasa 59
- Herramientas para proteger las creaciones de la moda en la propiedad
intelectual
Adolfo Jesús Toledo Fragnals 93

Estudios

- Estudio del caso *Fandango* como intermediario digital de la industria
audiovisual argentina: ¿innovación o *thriller*?
María C. Devoto Borrelli 135

Jurisprudencia comentada

- Infracción a la propiedad intelectual en una plataforma de *e-commerce*:
análisis de la responsabilidad del portal de ventas
Luciano Gustavo Bevolo 231

- Normas editoriales** 241

Doctrina

* * * *

El régimen jurídico y la concesión de los títulos de obtentor en México

* * * *

Carlos Ernesto Arcudia Hernández

Universidad Autónoma de San Luis Potosí

carlosarcudia@gmail.com

José Manuel Magaña Rufino

Campus Bonaterra, Universidad Panamericana

mmagana@up.edu.mx

Recibido: 24 de marzo de 2022

Aceptado: 30 de mayo de 2022

Resumen

Este artículo analiza la implementación del régimen jurídico de protección de variedades vegetales en México y el proceso de concesión de los títulos de obtentor. Partimos de la caracterización de la agricultura mexicana presentando un panorama dicotómico: de un lado, la agricultura tradicional; de otro, la agricultura comercial. Como siguiente punto, la implementación del sistema de variedades vegetales como parte de los cambios en la economía en las décadas de 1980 y 1990, cuando el Estado dejó de intervenir en la actividad agrícola y acometió un proceso de liberalización comercial. Posteriormente, estudiamos la pieza fundamental de este cambio: los tratados internacionales que obligan a México a proteger las variedades vegetales y el Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales. También examinamos brevemente acuerdos en los que se limita la propiedad industrial, así como la regulación constitucional y su interpretación, que permitiría equilibrar los intereses de todas las partes implicadas. Después, revisamos el régimen jurídico de la Ley Federal de Variedades Vegetales y su Reglamento y ponemos énfasis en los límites a los derechos del obtentor, así como a la protección de la biodiversidad. Estudiamos la estructura administrativa involucrada en el procedimiento de concesión de los títulos de obtentor y, por último, dicho proceso desde la solicitud hasta la concesión del título de obtentor.

Palabras clave: título de obtentor, variedad vegetal, proceso de concesión, examen DHE, límites los derechos de obtención, Ley Federal de Variedades Vegetales.

The Legal Regime and Concession of Vegetable Title Deeds

Abstract

This article analyses the implementation of the Legal Regime of protection of plant varieties in Mexico and the procedure of concession of title deeds. The starting point is the description of the Mexican agriculture offering a dichotomous panorama; traditional agriculture on one hand, and on the other, the commercial agriculture. It is followed by the study of the implementation of the plant variety system as part of the economy changes of the decade 1980 and 1990, period in which the Mexican State stops participating in the agricultural activity and undertakes a commercial discharge. Following with the study of one of the key elements of this change, the international trades that obligate Mexico to protect the plant varieties and The International Agreement for the Protection of the Plant Breeders. Briefly, the agreements in which the industrial property is limited is examined as well as its constitutional regulations and its interpretation that allows to balance the interests of all the involved parties. Following with a review of the Legal Regime the Federal Law of Plant Varieties and its Regulation. The limits of the Plant Breeders rights is emphasized, as well as the protection of the biodiversity. The administrative structure involved in the procedure of concession of plant breeders' deeds and, the whole process, from the application to the obtention of the plant breeders' deeds is studied.

Key words: vegetable titles deeds, plant variety, procedure of concession, DUS test, limits of plant breeders' rights, Plant Varieties Federal Law.

O regime legal e a concessão de títulos de criador no México

Resumo

Este artigo analisa a implementação do regime jurídico de proteção de variedades vegetais no México e o processo de concessão de títulos de melhorista. Partimos da caracterização da agricultura mexicana apresentando um panorama dicotômico; de um lado, a agricultura tradicional; do outro, a agricultura comercial. Como próximo ponto, a implantação do sistema de variedades vegetais como parte das mudanças na economia nas *décadas de 1980 e 1990*; quando o Estado deixa de intervir na atividade agropecuária e inicia um processo de liberalização do comércio. Posteriormente, estudamos a pedra angular dessa mudança, os tratados internacionais que obrigam o México a proteger as variedades vegetais e a Con-

venção Internacional para a Proteção de Novas Variedades de Plantas. Também examinamos analisamos brevemente os acordos em que a propriedade industrial é limitada, bem como a regulamentação constitucional e sua interpretação que permitiria equilibrar os interesses de todas as partes envolvidas. Em seguida, revimos o regime jurídico da Lei Federal das Variedades Vegetais e seus Regulamentos. Damos ênfase aos limites aos direitos dos criadores, bem como à proteção da biodiversidade. Estudamos a estrutura administrativa envolvida no procedimento de concessão de títulos de criador, e por fim, analisamos esse processo desde o requerimento até a concessão do título de criador.

Palavras-chave: *título do criador*, variedade vegetal, processo de concessão, teste DUS, limites de direitos de reprodução, Lei Federal de Variedades Vegetais.

1. Introducción

La investigación científica en la transformación de la agricultura mexicana resultó importante en el sentido de que es utilizable según los requerimientos de quien la implemente y la use. Tal es el caso de la creación de institutos con la capacidad para investigar las distintas variedades de semillas básicas en el sector agrícola mexicano para su posterior utilización, buscando la mayor productividad. En esta tesitura, la Oficina de Estudios Especiales de la Secretaría de Agricultura, en colaboración con la Fundación Rockefeller, a partir de las décadas de 1940 y 1950 tenían como objetivo principal aumentar la producción de alimentos basándose en la utilización de semillas de alto rendimiento acompañadas de fertilizantes, insecticidas, herbicidas, maquinaria agrícola y agua para riego (Pichardo, 2006, p. 55).

La propuesta de la Oficina de Estudios Especiales y de la Fundación Rockefeller, así como la decisión de aplicarla en el Valle del Yaqui, resultó ampliamente apoyada por el Gobierno de Sonora y los productores locales. Ese fue el marco institucional que recibió a Ernest Borlaug en el proscenio de sus más resonantes logros en investigación aplicada. Una de sus ocupaciones perentorias fue el control de las plagas que solían destruir los triguales. Para Borlaug, el desarrollo científico, los avances en biotecnología y la investigación que se aplicaba en regiones específicas de México en las décadas de 1940 y 1950 arrojaron resultados muy significativos. El éxito de la revolución verde se había basado en la investigación agrícola relevante, bien fundamentada (Cerutti, 2019, pp. 7-8).

El objeto de protección de los títulos de obtención vegetal es la variedad vegetal. Según el *Diccionario panhispánico del español jurídico* de la Real Academia Española, “variedad vegetal” es cada una de las unidades en las que genéticamente se subdivide una especie vegetal.¹

En materia taxonómica existen siete rangos o categorías obligatorios que sirven para identificar y clasificar un organismo. La más amplia de estas categorías es el reino; y la más específica, la especie, existiendo cinco rangos obligatorios de identificación entre la primera y la última. Los principales grupos subordinados a la categoría de mayor jerarquía representada por el reino son: división (o “phylum” cuando no se habla de plantas), clase, orden, familia, género y especie. Sin embargo, en muchos casos se presenta la necesidad de una definición más precisa de la posición taxonómica de un organismo, lo que se consigue incorporando una nueva categoría o subcategoría complementaria: esta es la variedad vegetal (Rangel, 2015, p. 293).

A nivel mundial, por iniciativa de la International Association of Plant Breeders for the Protection of Plant Varieties y el Gobierno francés, se convocó a una conferencia diplomática para analizar diversas opciones de protección de las variedades vegetales, conferencia que se celebró en París en diciembre de 1961, cuyo resultado fue la adopción del Convenio de la Unión para la Protección de Obtenciones Vegetales (CUPOV) el 2 de diciembre de 1961. Este instrumento creó la Unión para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV).²

En el presente trabajo pretendemos abordar el régimen jurídico, la implementación del sistema de protección de variedades vegetales mediante título de obtentor y el proceso de concesión. Nuestro punto de partida será el análisis de la situación de la industria agrícola en México y de la transformación que experimentó –a partir de la década de 1980– con el proceso de liberalización. Posteriormente acometeremos el estudio de una pieza clave en ese proceso, que fue

1 Ver definición en: <https://dpej.rae.es/lema/variedad-vegetal>.

2 Actualmente, la UPOV tiene 78 miembros, de los cuales dos son organizaciones supranacionales (Organización Africana de la Propiedad Intelectual y la Unión Europea), y 76 países. La relación de los países miembros puede revisarse en el sitio web: https://www.upov.int/edocs/pubdocs/es/upov_pub_423.pdf.

la obligación contenida en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) de conceder protección a las variedades vegetales. Asimismo, repasaremos brevemente la regulación de las Actas del CUPOV. Por otro lado, revisaremos uno de los principales instrumentos internacionales que pugna por la limitación de la propiedad industrial sobre recursos naturales: el Convenio de la Diversidad Biológica (CDB). Examinaremos el marco constitucional mexicano considerando las limitaciones que se establecen a la propiedad privada, así como los derechos de los pueblos originarios. También repasaremos los principios de interpretación conforme y pro persona que rigen la protección de los derechos humanos.

Pues bien, ese marco de referencia nos servirá para abordar la legislación en materia de obtenciones vegetales en México, a saber: el concepto de “variedad vegetal”, la prohibición de la doble protección, los requisitos para obtener la protección, el contenido de la protección y la ausencia del concepto de “variedad esencialmente derivada”. Para hacer un adecuado balance, estudiaremos las limitaciones a los derechos del obtentor contenidos en la legislación mexicana. En la última parte del presente trabajo, expondremos la estructura administrativa encargada del proceso de concesión de los títulos de obtención, como también el proceso de concesión desde la solicitud, pasando por los exámenes de forma y de fondo hasta el otorgamiento del título de obtentor.

2. La agricultura en México y los cambios en el modelo de desarrollo

La industria agrícola mexicana no ha sido ajena a la polarización del campo: de un lado, existen esquemas tradicionales de producción de subsistencia, esto es, un medio rural anclado en el pasado histórico que ya ha sido rebasado por los avances tecnológicos. De otro lado, existen áreas productivas modernas y tecnificadas, en las que el viejo concepto de “campesino” ya no tiene lugar. Así, en México se dibujan claramente una agricultura campesina (o tradicional) y una agricultura comercial.

La agricultura campesina o tradicional se caracteriza porque se practica en unidades de producción familiares, en las que la finalidad

última es la reproducción de sus condiciones de vida. No se trata de una economía de autoconsumo en el momento actual, porque todo campesino entra al círculo del mercado. No obstante, la producción va destinada fundamentalmente al consumo familiar y solo se ponen en venta los excedentes. Asimismo, la agricultura tradicional se basa en el trabajo familiar de hombres, mujeres y niños; para producir, emplea una baja –o nula– inversión de capital y de insumos industriales. El cultivo representativo de la agricultura campesina es el maíz, aunque en algunas regiones –las menos– se siembra maíz en condiciones técnicas y de capital (sistemas de riego, semillas mejoradas o transgénicas, entre otras) (Coll y Godínez, 2003, pp. 85-86).

Ahora bien, la agricultura tradicional se encuentra en crisis y ve agravada su condición ante el incremento en los precios de los insumos y la baja en los precios internacionales del maíz. Contra todas las previsiones, los pequeños productores de grano producido mediante ciclo de temporal han sobrevivido, pero no ha sido por su aislamiento de los precios internacionales, como se suele sugerir, sino porque han adoptado estrategias de supervivencia que incluyen el incremento de la producción para mantener el ingreso, ya que el maíz es uno de los medios para financiar la adquisición de insumos y bienes básicos. Esta es la racionalidad básica de la economía campesina tradicional. Otra estrategia es diversificar las fuentes de ingreso mediante su incorporación a trabajos rurales no agrícolas. La respuesta última, cuando todas las demás fallan, es la migración, situación que debe tratar de evitarse lo más posible por los efectos de presión demográfica que ocasiona sobre las ciudades (Puyana y Romero, 2009, pp. 191-182).

En México, la agricultura comercial se inició hace más de sesenta años con el desarrollo de los distritos de riego del noroeste y –más tarde– con los experimentos que condujeron a la creación de variedades mejoradas. En la actualidad, una de las modalidades más significativas de la agricultura comercial es el contrato por el cual, los productores ponen la tierra, el agua, la energía eléctrica y otros combustibles, la maquinaria y el equipo y –desde luego– la mano de obra (o sea, prácticamente todo). El contratante le proporciona semillas, otro tipo de insumos y tecnología y le garantiza un mercado que es exclusivo de la empresa contratante (Coll y Godínez, 2003, p. 95).

Los cultivos de la agricultura comercial más importantes en México –en atención a la superficie cultivada– son: los cereales distintos del maíz, los forrajes, las leguminosas, los cultivos industriales, los frutales, las hortalizas, las oleaginosas seguidas de otros tipos como tubérculos, especias y plantas ornamentales. Estos cultivos tienen un valor de mercado y una rentabilidad mucho mayores que el cultivo tradicional de maíz.

Es necesario tener en cuenta esta dicotomía para entender la intervención pública en el campo. Entre 1945 y 1970, el aparato estatal para la atención del campo se fortaleció y se consolidó. Las estructuras agrarias para la irrigación y crédito, con el apoyo del seguro agropecuario, se complementaron con poderosas empresas de comercialización que controlaban los productos básicos más importantes mediante el sistema de la Compañía Nacional de Subsistencias Populares (Conasupo). Además, empresas públicas especializadas otorgaban crédito, asistencia técnica y comercialización de azúcar, algodón, café, tabaco, cacao, maderas y productos forestales, coco y copra, frutales y magueyes. Empresas estatales producían fertilizantes, tractores, semillas mejoradas y alimentos agropecuarios balanceados, industrializaban maíz, leche y pan (Warman, 2001, p. 163). La intervención estatal garantizaba la subsistencia de ambos tipos de agricultura y, aunque sea en el discurso, pretendía la modernización de la agricultura campesina o tradicional para transformarla en agricultura comercial.

Dentro de los profundos cambios que experimentó nuestro país en las décadas de 1980 y 1990 se encuentra la transformación del campo mexicano. Se pasó de un modelo basado en la intervención directa del Estado a una profunda liberalización. La crisis de la década de 1980 fue, desde luego, financiera y monetaria e inmediatamente económica y productiva, pero también recogió y dio lugar a una dramática ruptura en el modo en que acostumbraban relacionarse los grupos dirigentes del Estado con los grupos dominantes de la economía y la sociedad.

Para lograr este propósito, el Gobierno sometió a la sociedad y a su aparato productivo, decaído –pero todavía prácticamente intacto y en parte ampliado y remozado gracias al auge petrolero–, a un drástico ajuste externo y fiscal que tenía como objetivo principal,

casi único, crear el excedente necesario para continuar pagando la deuda externa. Con ello –se pensaba en el Gobierno– se podría regresar a los mercados de capital internacionales para, así, recobrar el crecimiento económico que entonces se perdía como resultado no solo de la crisis financiera, sino también de una decisión del Estado (Cordera y Tello, 2010, pp. 19-20).

A partir de los primeros años de la década de 1990, se definieron las acciones del Estado mexicano en materia de liberalización agropecuaria. Entre ellas se destacan: la reforma a la propiedad ejidal, la eliminación de los permisos a la importación de alimentos y la negociación del TLCAN, el desmantelamiento y extinción de la Conasupo y, con ello, de sus empresas e infraestructura de almacenamiento, la reducción de subsidios al agro (al crédito, a precios de los insumos y al consumo de tortilla, etc.) y la abolición de los programas de extensión agrícola (Yúnez, 2010, pp. 743-744). Estos cambios drásticos en el modelo de desarrollo de la industria agrícola son de importancia si se tiene en cuenta la estructura –dicotómica y desigual– de esta industria en nuestro país, que apuntamos líneas arriba.

La liberalización económica se basó en los preceptos más simples de la teoría neoclásica. Con esta base, el Estado mexicano tomó como principio el libre funcionamiento de los mercados en un marco legal de derechos de propiedad bien definidos, asegurando una asignación eficiente de los recursos económicos. No obstante, dejar que los mercados funcionen libremente no asegura una distribución del ingreso equitativa ni que se elimine la pobreza. En términos sencillos, el argumento para sustentar la eliminación de las acciones directas del Estado en la economía es que estas distorsionan los precios relativos, lo cual conduce a ineficiencias en el uso de los recursos y presiona las finanzas públicas (Yúnez, 2010, p. 744).

Por ello, es necesario tener en cuenta las características dicotómicas y desiguales de la agricultura mexicana para analizar la regulación de variedades vegetales –una de las piezas del nuevo esquema de mercado– con objeto de que no contribuya a ahondar aún más la brecha entre la agricultura tradicional y la comercial.

A continuación analizaremos el marco jurídico internacional y constitucional en materia de protección de propiedad industrial de variedades vegetales. Debido a los cambios descritos en este aparta-

do, que significaron el retiro de la intervención estatal para dejar la agricultura sujeta a las fuerzas del mercado, es necesario analizar los tratados internacionales que sustentan el sistema de protección de obtenciones vegetales, pero también algunas normas internacionales que tratan de atenuar los efectos negativos que podría tener la adopción de altos estándares de propiedad industrial en los pueblos originarios. También haremos un repaso por los derechos humanos regulados en la Constitución relacionados con la protección de variedades vegetales, así como los criterios de interpretación conforme y el principio pro persona que pueden ser útiles para mantener un equilibrio entre los intereses de los agricultores y de los obtentores.

3. Marco jurídico internacional y constitucional sobre la protección de variedades vegetales

3.1. El Tratado de Libre Comercio para América del Norte

Dentro de las transformaciones operadas por el TLCAN se encuentra la obligación de nuestro país de otorgar protección a las variedades vegetales. En efecto, en el capítulo XVII –al igual que en los Acuerdos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio– se recoge el compromiso de los Estados parte de “otorgar protección a las variedades de plantas mediante un esquema efectivo de protección sui géneris o ambos”.

Pero el TLCAN le impone a México dos obligaciones más. En primer lugar, el inciso a) del artículo 1701.3 establece que México realizará su mayor esfuerzo por cumplir lo antes posible con las disposiciones sustantivas del CUPOV de 1978 o 1991, y debe hacerlo antes del término de dos años a partir de la fecha de firma del TLCAN.

En segundo lugar, el inciso b) del mismo artículo dispone que México aceptará, a partir de la fecha de entrada en vigor del TLCAN, solicitudes de los obtentores de vegetales para proteger variedades en todos los géneros y especies y concederá protección conforme a tales disposiciones sustantivas con celeridad después de cumplir el inciso a). Esta obligación se cumplió con la adhesión de nuestro país al CUPOV y la adopción de la Ley Federal de Variedades Vegetales (LFVV) en 1996.

El 30 de noviembre de 2018, en el marco de la Cumbre del G20

en Buenos Aires, los presidentes de México, Estados Unidos y Canadá firmaron el Tratado México, Estados Unidos y Canadá (TMEC) que modifica el TLCAN, en vigor desde el 1 de enero de 1994. El tratado ha sido ratificado por los congresos de México –junio de 2019–, de Estados Unidos –enero de 2020– y de Canadá –marzo de 2020–; debe entrar en vigor a finales de 2022.

El TMEC, como su antecesor el TLCAN, contiene obligaciones para los tres países más allá de aspectos puramente arancelarios. En el tema que nos ocupa (la protección jurídica de obtenciones vegetales), México se compromete en el artículo 20 A7.2 inciso d) a ratificar el Acta de 1991 del CUPOV.

A este compromiso, el artículo 20.K.1.3 inciso a) le concede un plazo de gracia de cuatro años –a partir de la entrada en vigor– para cumplir. Esta exigencia plantea la modificación de la LFFV y de su Reglamento (RLFVV) para armonizarlos con el Acta del CUPOV de 1991. Por esta razón, durante el presente trabajo se analizará la regulación de la LFFV y del RLFVV con respecto al Acta del CUPOV de 1991, puesto que será obligatorio en México a mediano plazo.

3.2. El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), de 15 de abril de 1994, constituye el Anexo IC del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, adoptado en el marco de la Ronda Uruguay del GATT.

A efectos del presente trabajo, nos interesa de manera específica el artículo 27.3 b) del ADPIC, que establece que los miembros podrán excluir de la patentabilidad a las plantas y los animales. Ahora bien, esta misma norma preceptúa que: “Los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquéllas y éste”.

La ausencia –en el ADPIC– de la definición de “obtención vegetal” abona la posibilidad (a diferencia de la patente, en la que el ADPIC enumera los requisitos de patentabilidad) de que cada Es-

tado defina –autónomamente– los requisitos de protección de la obtención vegetal. Es decir, el ADPIC obliga a sus miembros a proteger las obtenciones vegetales, pero no les impone un determinado sistema de protección. Dentro de los posibles sistemas de protección está el del CUPOV, pero el ADPIC no hace referencia expresa a este (Verma, 1995, p. 289).

Pues bien, comparando la obligación de proteger las variedades del ADPIC con la obligación del TLCAN, se aprecia fácilmente que el TLCAN le impone mayores obligaciones a México. En primer lugar, lo obligó a adoptar específicamente las disposiciones del CUPOV para proteger las variedades vegetales. En segundo lugar, le concedió un plazo de 2 años para hacerlo, que es inferior al plazo de 6 años que le concedió el ADPIC. En nuestra opinión, si resulta que dos acuerdos se negociaron de forma simultánea, es difícil entender la causa de la aceptación de mayores exigencias en el TLCAN.

3.3. El Convenio de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales

El preámbulo del Acta del CUPOV de 1961 establece la preocupación de los Estados contratantes por fomentar el desarrollo de variedades vegetales, mediante su protección, y por salvaguardar los intereses de los obtentores de variedades vegetales. Después de varias discusiones, se concluyó que se debía proteger toda la planta, su patrimonio genético y no solamente su método de reproducción. Por consiguiente, se definió como objeto de protección la variedad vegetal y los requisitos que debía cumplir.

El sistema del CUPOV tomó en consideración las características especiales de los productos de la industria de la obtención vegetal. Especialmente, se tuvo en cuenta que el uso de la semilla de una variedad mejorada pone en manos de cualquier persona la invención sin ninguna otra inversión adicional más que lo que pagó por la semilla. La naturaleza autorreproducible de las variedades vegetales pone al alcance de cualquier persona los logros de los obtentores con una pequeña cantidad de semillas (Greengrass, 1987, p. 623).

El Acta del CUPOV de 1961 estableció disposiciones legales sobre las condiciones para otorgar y revocar derechos de protección,

el alcance mínimo de la protección y su duración, el principio de trato nacional, el derecho de prioridad y la obligación a los Estados miembros de conceder una sola forma de protección para el mismo género o especie botánica, conocida como la prohibición de la doble protección, que fue objeto de mucha controversia hasta su eliminación en el Acta del CUPOV de 1991 (Roth, 1987, pp. 49-50).

En cuanto a las condiciones para otorgar un título de obtención vegetal, el Acta del CUPOV de 1961 estableció los criterios de novedad, distintividad, homogeneidad y estabilidad. Según estos parámetros, para poder otorgar la protección a una variedad, esta no debe haber sido comercializada, debe ser claramente distinguible por una o más características importantes de otras variedades existentes, debe ser suficientemente homogénea en las características que la distinguen de las otras variedades vegetales y debe conservar las características de una generación a otra.

En el Acta del CUPOV de 1972 únicamente se modificaron los artículos 22 y 26 con respecto a las mayorías que se requieren para aprobar la reducción de cuotas a determinados países miembros de la UPOV y para permitirles a los morosos en sus cuotas seguir gozando del derecho de voto.

En el Acta del CUPOV de 1978 se eliminó la definición de “variedad vegetal” contenida en el CUPOV de 1961, se emitió una Recomendación a los miembros del Convenio para que extendiesen el alcance de la protección a las obtenciones vegetales, haciendo uso de la facultad contenida en el artículo 5.4 del CUPOV. Por último, si bien se conservó la prohibición de la doble protección, esta no fue de aplicación para los países que, al momento de incorporarse a la UPOV, otorgaran protección por patente y por título de obtentor. Esta modificación permitió la incorporación de los Estados Unidos y de Japón.

El Acta del CUPOV de 1991 representó un cambio profundo en la regulación de la protección de las obtenciones vegetales. Se reforzó el sistema de protección de estas respecto al sistema de patentes –cuya protección se consideraba más fuerte–, teniendo como premisa que el sistema UPOV es el mejor adaptado a las especialidades de la materia vegetal (Sánchez Gil, 1996, p. 231). Esta versión del CUPOV estableció los mínimos de protección que los Estados

miembros deben otorgarles a los obtentores para cumplir con los estándares del Convenio. Por otra parte, restableció algunas normas de protección optativas, que si se incorporan a las legislaciones nacionales, aumentarán el nivel de protección que se concede bajo este sistema (Llewelyn, 1997, p. 119).

Por lo que concierne al objeto protegible, se adoptó una nueva definición de “variedad vegetal”, que tiene en cuenta la expresión de los caracteres resultantes de un cierto genotipo o de una cierta combinación de genotipos, incorporándose a la definición los caracteres genéticos.

Una modificación trascendental, concerniente a la relación de este sistema con el de patentes, es la supresión de la prohibición de la doble protección –por título de obtención vegetal y por patente– contenida en el artículo 2.1 del Acta del CUPOV de 1961. Ahora, los Estados miembros –salvo que estén obligados por el artículo 53 b) del Convenio de la Patente Europea o por la Directiva 98/44 sobre Invenciones Biotecnológicas– podrán otorgar protección acumulada a través de la patente y del título de obtención vegetal sobre la misma variedad (Llewelyn, 1997, p. 119).

En relación con los derechos materiales de los obtentores, se extienden no solo a la represión de las infracciones que afecten al material de reproducción o multiplicación, sino también a los productos de la cosecha, incluidas las plantas enteras y las partes de plantas, los productos fabricados directamente a partir de productos de cosecha de variedades protegidas –extensión opcional– y las variedades esencialmente derivadas de las protegidas o que no se distingan claramente de las protegidas. Asimismo, se aumenta a 20 años la duración mínima de protección (Elena, 1998, p. 77).

Las excepciones al derecho del obtentor son similares a las que existen en el derecho de patentes: actos realizados en un marco privado y sin fines comerciales, actos realizados a título experimental y actos para la creación de nuevas variedades. Además, se incluye el “privilegio del agricultor”, esto es: el derecho de que los agricultores puedan utilizar, para fines de reproducción o multiplicación en su propia explotación, el producto de la cosecha obtenida en su explotación (Elena, 1998, p. 77).

Además, se regula el agotamiento del derecho del obtentor respecto al material vendido o comercializado por él, excluyendo del agota-

miento los actos que impliquen una nueva reproducción o multiplicación de la variedad, o la exportación de material de la variedad, que permita reproducirla en un país que no proteja ese tipo de variedades, salvo si el material exportado está destinado al consumo. El privilegio del agricultor es una excepción facultativa de la protección otorgada al obtentor, por lo que puede acarrear diferencias en la regulación de los miembros de la UPOV y las que derivarán de las relaciones que estos mantengan entre sí (Sánchez Gil, 1996, p. 231).

3.4. El Convenio de la Diversidad Biológica

A principios de la década de 1990, fue perceptible un movimiento de no negar los derechos de la propiedad industrial, sino de limitarla. Es una reacción por parte de la humanidad por detener esa tendencia de conceder derechos de propiedad industrial sobre todo tipo de invenciones, incluidas sobre la vida misma, o de limitar los campos en donde los científicos y tecnólogos pueden incursionar. Fruto de esa tendencia es el Convenio de la Diversidad Biológica (CDB), que es una especie de “cláusula moral”, que si bien no son normas de propiedad industrial directamente, sí influye tangencialmente en ella (Becerra, 2004, p. 140).

Se entiende por “diversidad biológica” la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende además la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y entre los ecosistemas (artículo 2 del CDB).

La biodiversidad es la propiedad de los sistemas vivos de ser distintos. No es una entidad, sino una propiedad elemento fundamental de los sistemas biológicos. También es una característica de las múltiples formas de adaptación e integración de la especie humana a los ecosistemas de la tierra y no un recurso. La biodiversidad resulta de procesos y patrones ecológicos y evolutivos irrepetibles. Por lo mismo, la configuración actual de la biodiversidad puede explicarse históricamente mediante el análisis de los procesos que han dado origen, mantenido y alterado la biodiversidad, tales como la diversificación genética y de especies, las extinciones y las dinámicas de las

comunidades³ y los ecosistemas. La propia evolución humana debe verse como un proceso vinculado al origen y mantenimiento de la diversidad biológica en su conjunto (Núñez et al., 2003, p. 388).

La biodiversidad es una de las principales riquezas que nos ofrece la naturaleza; constituye “una fuente potencial de una inmensa riqueza material no explotada en forma de comida, medicinas y servicios” (Melgar, 2005, p. 2).. El papel de la biodiversidad en la solución de los más apremiantes problemas sociales no puede ser desestimado

El desarrollo de la biotecnología ha puesto en alerta a los países ricos en biodiversidad, porque tienen recursos genéticos y representan una fuente de conocimiento. La diversidad biológica, es decir, las plantas y animales, constituyen bienes particulares –en algunos casos, sujetos de apropiación– y también significan información incorporada en las constituciones genéticas de las especies de plantas y animales que, precisamente, se cuestiona saber si están sujetos a la posesión exclusiva (Becerra, 2004, p. 104).

Las diferencias entre los países desarrollados y subdesarrollados se manifestaron en la negociación de un tratado internacional que tiene que ver con el acceso, exploración y apropiación de recursos del planeta, cuando el 5 de junio de 1992, en Río de Janeiro, representantes de 150 países firmaron la Convención sobre Diversidad Biológica, también conocido como Convención de Río, y se puso a disposición de otros Estados.

El CDB permite establecer pautas para adelantar el trabajo en el país y en la región sobre la base, en primera instancia, de conocer los recursos para después conservarlos. Esta labor comprende cuatro aspectos, cuya consecución implica el mecanismo de la cooperación regional. Estos mecanismos son:

1. El desarrollo del conocimiento a través de la investigación participativa.
2. La ampliación de los sistemas de información que permitan una conservación más completa y una utilización más eficaz.

3 Las dinámicas de las comunidades son cómo comparten elementos en común, tales como un idioma, costumbres, valores, tareas, visión del mundo, edad, ubicación geográfica, estatus social y roles, de acuerdo a como interactúan.

3. La formación de recursos humanos especializados.
4. El establecimiento de objetivos para la conservación y el aprovechamiento de la biodiversidad (Melgar, 2005, p. 2).

Los objetivos del CDB, que se han de perseguir de conformidad con sus disposiciones, son: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada (artículo 1 del CDB).

El artículo 8 J) del CDB señala las formas de respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, promueve su aplicación más amplia –con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas– y fomenta que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente de acuerdo a su legislación nacional.

Como parte del desarrollo del CDB, en el año 2010 se suscribió el Protocolo de Nagoya. Este instrumento, como veremos a continuación, pretende implementar el acceso en condiciones equitativas a los recursos naturales, biológicos y genéticos de los pueblos originarios mediante protocolos comunitarios.

3.5. El Protocolo de Nagoya

Este instrumento se ocupa específicamente de sistemas normativos, derecho consuetudinario o leyes consuetudinarias de los pueblos y comunidades indígenas y locales para la protección de los conocimientos asociados a los recursos genéticos. Este documento también se ocupa de los recursos naturales, biológicos y genéticos de dichos pueblos y comunidades (López, 2016, pp. 77-78).

El artículo 5º del Protocolo de Nagoya establece las bases para un

acceso en condiciones equitativas a los recursos de los países periféricos. En efecto, el apartado 5.1. postula que los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos, así como las aplicaciones y comercialización subsiguientes, se compartirán de manera justa y equitativa con la parte que aporta dichos recursos –el país de origen de dichos recursos– o una parte que haya adquirido los recursos genéticos de conformidad con el CDB. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas. El apartado 5.2. establece que cada Estado adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con miras a asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales, de conformidad con las leyes nacionales respecto a los derechos establecidos de dichas comunidades indígenas y locales sobre estos recursos genéticos, se compartirán de manera justa y equitativa con las comunidades en cuestión sobre la base de condiciones mutuamente acordadas.

El artículo 12 del Protocolo de Nagoya regula la cuestión de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos. Así las cosas, conforme a sus leyes nacionales, los Estados parte tomarán en consideración las leyes consuetudinarias, protocolos y procedimientos comunitarios –según proceda– con respecto a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos. Por otra parte, los Estados, con la participación efectiva de las comunidades indígenas y locales pertinentes, establecerán mecanismos para informarles a los posibles usuarios de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos acerca de sus obligaciones, incluidas las medidas que se den a conocer a través del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios para el acceso a dichos conocimientos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de estos.

Los miembros del Protocolo de Nagoya procurarán apoyar, según proceda, el desarrollo, por parte de las comunidades indígenas y locales, incluidas las mujeres de dichas comunidades, de: a) protocolos comunitarios en relación con los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de tales conocimientos; b) requisitos mínimos en las condiciones mutuamente acordadas que

garanticen la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos; y c) cláusulas contractuales modelo para la participación en los beneficios que se deriven de la utilización de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos.

Por ende, tenemos una normativa internacional que —de una parte— pugna por darle la máxima protección a los derechos de propiedad industrial en variedades vegetales. Por otro lado —a través del CDB y del Protocolo de Nagoya—, se pueden alcanzar acuerdos que garanticen una distribución equitativa de beneficios y que preserven la biodiversidad.

3.6. Derechos humanos que intervienen en la regulación de las obtenciones vegetales

3.6.1. El derecho de propiedad

El derecho humano de propiedad tiene una característica especial: se trata de un derecho patrimonial. Los derechos patrimoniales pertenecen a cada sujeto particular de acuerdo a su cantidad y calidad, son exclusivos y base de la desigualdad jurídica. Son negociables, alienables y disponibles. Las relaciones jurídicas entabladas por los titulares de derechos patrimoniales son intersubjetivas y de derecho privado. Las prohibiciones de este tipo de derechos provienen de derecho real, personal o crediticio. A su vez, los derechos fundamentales resultan conocidos para sus titulares en la misma medida y forma, son inclusivos y sostén de la igualdad, son inalienables intangibles y personalísimos y no pueden ser expropiados o limitados por el Estado. Los titulares de derechos fundamentales establecen relaciones de derecho público en las que el sujeto acude solo o frente al Estado. Las prohibiciones u obligaciones están a cargo del Estado, cuya violación es causa de invalidez u omisión de las leyes (Ferrajoli, 1999, pp. 42-49).

El texto constitucional reconoce el derecho de propiedad en el artículo 27 Constitucional. El tercer párrafo de esta norma preceptúa que:

[...] La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así

como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana [...].

Ciertamente, existen contradicciones e imprecisiones con algunos términos, pero creemos que el objetivo es intentar limitar la propiedad privada para fines sociales o públicos, es decir, distinto a intereses privados.

Esta regulación es complementada, en el caso de la propiedad industrial, con el artículo 28 constitucional, que prohíbe –en su primer párrafo– los monopolios. Pero en el décimo párrafo señala que

Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

Por tanto, consideramos que los monopolios temporales, como los títulos de obtentor, si bien son propiedad privada, deben tener en cuenta las limitaciones que establece el artículo 27 Constitucional.

3.6.2. Derechos de los pueblos originarios

Eventualmente, sobre todo en el caso de la agricultura campesina, la concesión de títulos de obtención vegetal sobre variedades vegetales podría afectar la esfera de los derechos de los pueblos originarios. La regulación constitucional de estos derechos se encuentra en el artículo 2º de la Constitución.

En concreto nos interesa destacar las fracciones IV, V y VI vigentes del apartado A del artículo 2º constitucional. La fracción IV reconoce y garantiza los derechos para preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura y su identidad. La fracción V reconoce los derechos para conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en la propia Constitución. Por último,

la fracción VI reconoce el derecho de acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades.

Y es que las comunidades indígenas y rurales poseen un propio conocimiento tradicional milenario sobre el uso y manejo de los recursos naturales; este conocimiento se ha transmitido de forma oral de generación en generación y lo aplican en todas sus actividades económicas y en el cuidado de la salud. Después del medicinal, el alimentario es uno de los usos más importantes de las plantas, especialmente por las poblaciones rurales e indígenas, quienes usualmente las consumen como parte de su dieta (Cilia et al., 2015 p. 144).

Las plantas alimenticias nativas son recursos fitogenéticos de alto valor, ya que representan una fuente de recursos para la población. Un recurso fitogenético es cualquier material de origen vegetal que contiene unidades funcionales de herencia y que tiene valor real o potencial para la alimentación y la agricultura. Los recursos fitogenéticos incluyen las variedades tradicionales y las razas locales, las variedades comerciales, los híbridos, los parientes silvestres de las especies cultivadas y otros materiales que podrían usarse en el futuro para la agricultura o para beneficio del ambiente (Cilia et al., 2015 p. 144).

3.7. La interpretación conforme y el principio *pro personae*

El principio de interpretación conforme a la Constitución posee sus raíces en la jurisprudencia del tribunal supremo norteamericano, que exige la interpretación de sus leyes en *harmony with the Constitution* (Miranda y Navarro, 2014, p. 72). Este tiene su fundamento en el artículo 29 inciso c) del Pacto de San José, que dispone:

Artículo 29.- Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) [...]; b) [...]; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

Actualmente, resulta evidente el avance que el derecho internacional ha tenido en materia de derechos humanos, lo que ha provo-

cado que el objeto de estudio de la interpretación constitucional se expanda y no solo esté al margen de lo previsto en el texto constitucional o en las leyes secundarias. Por esa razón, la eficacia de un precepto de derecho interno, como podría ser un artículo constitucional, en mucho depende del enfoque internacional que sobre su contenido se vierta. Así, los tratados internacionales sobre derechos humanos juegan un papel referente y obligatorio para la correcta estimación y protección de un derecho fundamental o humano (Miranda y Navarro, 2014, p. 72).

Este principio se incluyó en el segundo párrafo del artículo 1° constitucional producto de la reforma de 2011, que reza: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia”. De tal suerte que se abre una vía paralela de órdenes normativos que intervienen como referentes de la interpretación de las normas sobre derechos humanos hacia la Constitución y los tratados. Nuestra Constitución antepone la supremacía constitucional a los tratados internacionales (Caballero, 2011, pp. 173-174).

Por otra parte, el universo de tratados que constituyen el referente interpretativo de las normas sobre derechos humanos: “[...] tratados internacionales de la materia”. En este sentido, es necesario hacer la distinción de que el conjunto normativo que abarca el primer párrafo del artículo 1° señala que se reconocen los derechos humanos presentes en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, lo cual implica que no se incluyen solamente los tratados sobre derechos humanos, sino también las normas protectoras de las personas presentes en cualquier tipo de instrumentos (Caballero, 2011, pp. 175-176).

Ahora bien, sobre la formulación del principio pro persona, han de tenerse en cuenta tres elementos básicos que lo conforman: 1) un elemento de temporalidad, que se configura “en todo tiempo”; 2) un elemento personal: cuando se dirige “a las personas”; y 3) un elemento material, que se da en relación con “la protección más amplia”.

Estas primeras consideraciones sobre sus componentes estructurales permiten acercarnos un poco más a la concreción de la “fórmula del mejor derecho”. En efecto, se debe preferir la disposición normativa o la interpretación jurídica que favorezca, durante el ma-

por tiempo posible y a un mayor rango de personas, las formas de protección más óptimas (Quintero, 2018, p. 211).

La inclusión del principio pro persona, que es el criterio indispensable de actuación hermenéutica ante la cláusula de interpretación conforme y cuyo sentido es precisamente señalar la preferencia de aplicación ante los reenvíos que se realizan desde las normas sobre derechos a la Constitución y a los tratados internacionales, cumple con dos objetivos: a) definir el estándar de integración normativa, es decir, construir el contenido constitucionalmente declarado de los derechos; y b) señalar la norma aplicable en caso de antinomias y con independencia de su posición jerárquica, respetando el contenido mínimo esencial del derecho que debe restringirse si se trata de dos normas constitucionales (Caballero, 2011, p. 186).

Estos criterios de interpretación constitucional pueden abonar a una distribución equitativa de los beneficios que contempla el sistema de propiedad industrial sobre variedades vegetales, de tal manera que todos los implicados consigan alguna ganancia y que no sea una relación de explotación o expoliación.

4. Régimen jurídico sustantivo de la protección de un título de obtentor en la Ley Federal de Variedades Vegetales

El 12 de diciembre de 1995, el titular del Poder Ejecutivo Federal en México firmó el decreto por el que se aprobaba el Acta del Convenio de la Unión Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales de 1978. Aunque nuestro país se adhirió al CUPOV sin tener una legislación de variedades vegetales como exige el artículo 32.3 del Acta del CUPOV de 1978, cumplió con ese requisito el 25 de octubre de 1996 cuando fue publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) la Ley Federal de Variedades Vegetales (LFVV). El 24 de septiembre de 1998 se publicó el Reglamento de la Ley Federal de Variedades Vegetales (RLFVV), con lo que se completó su desarrollo reglamentario (Rangel, 2015, p. 291).

En cuanto a su contenido, la LFVV refleja los principios fundamentales del Acta del CUPOV de 1978. No obstante, es una ley verdaderamente endeble en el aspecto coercitivo. En concreto, no contiene mecanismos de aplicación coercitiva ni para el resarcimien-

to de daños y perjuicios ocasionados por la violación de esta (Bece-
rra, 1998, pp. 133-134).

4.1. Concepto de “variedad vegetal”

El Acta del CUPOV de 1961 contenía una definición de “variedad vegetal” según la cual la palabra “variedad” se aplicaba a cualquier cultivo (variedad comercial), clon, línea, cepa o híbrido que cumpliera con los requisitos de homogeneidad y estabilidad (artículo 2.2 del Acta del CUPOV de 1961). Sin embargo, esta definición fue desechada en el Acta del CUPOV de 1978, por lo cual no hubo una definición de “variedad vegetal” hasta el Acta de 1991.

No obstante, con el fin de delimitar el objeto del sistema UPOV para relacionarlo con el sistema de patentes, en el Acta de 1991 se adoptó una nueva definición de “variedad vegetal” que reza así:

Se entenderá por “variedad” un conjunto de plantas de un solo taxón botánico del rango más bajo conocido que, con independencia de si responde o no plenamente a las condiciones para la concesión de un derecho de obtentor pueda:

- definirse por la expresión de los caracteres resultantes de un cierto genotipo o de una cierta combinación de genotipos
- distinguirse de cualquier otro conjunto de plantas por la expresión de uno de dichos caracteres por lo menos.
- considerarse como una unidad, habida cuenta de su aptitud a propagarse sin alteración. (Artículo 1, fracción vi) del Acta del CUPOV de 1991).

Al adoptar esta definición, se tuvo en cuenta que existía una distintividad clara entre el concepto de “variedad” en sí y de “variedad” que cumple con los requisitos de protección del Acta del CUPOV de 1991. Esto se hizo con el fin de asegurar que una variedad que tuviera un nivel de uniformidad aceptable para la industria, pero que no cumpliera con los requisitos legales para acceder a la protección, pudiera ser tomada en consideración al momento de evaluar el requisito de la distintividad (Greengrass, 1991, p. 467).

Si bien el Acta de 1978 del CUPOV eliminó la definición de “va-

riedad vegetal”, la LFVV, en su artículo 2, fracción IX-, la define como una subdivisión de una especie que incluye a un grupo de individuos con características similares y que se considera estable y homogénea.

Dicho en otras palabras, el grupo de individuos al que se refiere la definición de la LFVV equivale a un grupo de organismos, es decir, a un grupo de plantas. Cuando los integrantes de este grupo de plantas tienen características comunes (esto es, características similares) que establece la ley, ese grupo de plantas pasará a constituir una subdivisión de la especie que incluye un grupo de organismos con características similares y que se considera estable y homogénea (Rangel, 2015, p. 294).

Pues bien, a nuestro modo de ver, la inclusión del concepto de “variedad vegetal” en la LFVV es un acierto, aunque el Acta del CUPOV de 1978 no establezca tal concepto. La adopción de esta medida se justifica porque solo estableciendo el concepto de “variedad vegetal” se puede delimitar la frontera entre el sistema de patentes y el sistema de títulos de obtención vegetal.

4.2. Prohibición de la doble protección

Uno de los aspectos más polémicos al interior del sistema de la UPOV ha sido la prohibición de la protección acumulada por patente y título de obtentor contenida en el artículo 2.1 de las Actas del CUPOV de 1961 y 1978. En la primera parte de esta disposición se establecía que un Estado miembro podía otorgar protección a las variedades vegetales mediante un título especial o mediante patente, siempre y cuando cumplieran los requisitos establecidos en el CUPOV para la concesión de la protección (Greengrass, 1987, p. 625). Hasta aquí todo bien, sin embargo, la segunda parte de esta disposición legal contenía la prohibición de la doble protección, a saber: si un Estado miembro admitía la protección por patente y por título de obtención vegetal, no podía conceder ambas sobre un mismo género o especie botánica. Esta prohibición suscitó la polémica no solo doctrinal, sino también jurisprudencial tanto en Europa como en los Estados Unidos.

En los Estados Unidos, los principales exponentes de esta polémica se encuentran en los casos *Hibberd* y *Pioneer Hi Breed*; y en

Europa, en las Resoluciones de la Oficina Europea de Patentes en los casos *Ciba Geygy*, *Lubrizol*, *PGS* y *Novartis*.

Un primer paso para la eliminación se produjo en el Acta de 1978 del CUPOV a través de la introducción del artículo 37.1. Este artículo les permitía a los Estados miembros que ya otorgaran los dos tipos de protección que las pudieran conservar, en clara referencia a la situación reinante en los Estados Unidos. En efecto, el artículo 37.1 del Acta del CUPOV de 1978 establecía que:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 2.1, todo Estado que, antes del vencimiento del plazo durante el que la presente Acta está abierta a firma, prevean la protección bajo las diferentes formas mencionadas en el Artículo 2.1 para un mismo género o una misma especie, podrá continuar previéndola si, en el momento de la firma de la presente Acta o de la presentación de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Acta o de adhesión a ésta, notifica ese hecho al Secretario General.

Estados Unidos accedió al CUPOV en noviembre de 1980 e hizo uso de esta autorización (Straus, 1987, p. 729).

Un ulterior paso se produjo con la concesión de patentes sobre invenciones en el campo de la biotecnología vegetal. El caso emblemático en los Estados Unidos fue *Chacrabarty*.

En el Acta del CUPOV de 1991 se suprimió la prohibición de la doble protección. Por consiguiente, la primera parte del artículo 2.1 del Acta del CUPOV de 1991 contiene la obligación de los Estados miembros de otorgar protección a las variedades vegetales, pero –al igual que el Acta del CUPOV 1978– deja abierta la posibilidad de que sea por medio de un sistema de protección sui generis o del sistema de patentes.

Pero –a diferencia del Acta del CUPOV de 1978– se eliminó la prohibición de la doble protección, de modo que una variedad vegetal puede ser objeto de un título de protección especial y de una patente. Según Holtmann (2000, p. 349) el Acta del CUPOV de 1991 admite la posibilidad de la doble protección en la medida en que se elimina la obligada elección entre la patente y el título de protección particular contenida en el artículo 2.1 de las Actas del CUPOV an-

teriores. Es decir, la posibilidad no es explícita, sino implícita, como se deduce del hecho de que el artículo 2 del Acta del CUPOV de 1991 solo señale que cada parte contratante concederá derechos de obtentor y los protegerá.

Asimismo, se le permite al solicitante la libre elección entre una y otra forma de protección y se deja a las legislaciones nacionales y a los tribunales la resolución de los posibles conflictos que se podrían plantear por la protección acumulada o por la libre elección (Green-grass, 1991, p. 467).

México, como miembro del Acta del CUPOV de 1978, sostiene la prohibición de la protección acumulada. Tal y como hemos expuesto líneas arriba, la fracción V del artículo 16 de la derogada LPI de 1994, así como la fracción II del artículo 49 de la vigente Ley Federal para la Protección de la Propiedad Industrial, sostienen la no patentabilidad de las variedades vegetales.

Es necesario señalar que ni la LFFV ni el RLFVV contienen criterios para distinguir entre una variedad vegetal (protegible mediante título de obtentor) y una invención biotecnológica (protegible mediante patentable). En este sentido, debemos traer a colación que los Considerandos 30, 31 y 32 de la Directiva 98/44 sobre invenciones biotecnológicas recogen criterios que deberían incluirse en el desarrollo reglamentario de la LFFV. En efecto, el considerando 30 de la Directiva 98/44 sobre invenciones biotecnológicas establece que una variedad vegetal se caracteriza por la totalidad de su genoma. Por su parte, el considerando 31 de la citada Directiva dispone que un conjunto vegetal caracterizado por un gen no constituye una variedad vegetal. Por último, el considerando 32 de la Directiva antes referida prevé que si una invención se limita a modificar genéticamente una variedad vegetal para obtener una nueva variedad vegetal, seguirá excluida de la patentabilidad.

Ahora bien, la LFFV y el RLFVV establecen como requisitos para obtener la protección de las variedades vegetales que estas han de ser nuevas, homogéneas, distintas y estables. Estos requisitos están armonizados con el Acta del CUPOV de 1978.

4.3. Requisitos

4.3.1. Novedad

En el régimen de la LFVV, la novedad es equivalente a la ausencia de comercialización de la variedad vegetal a proteger. En efecto, el artículo 7, fracción I, incisos a) y b) dispone que una variedad se tendrá por nueva cuando a la fecha de presentación de la solicitud el material de reproducción no hubiera sido enajenado en más de un año anterior a esa fecha en el territorio nacional o en cualquier otro país por más de seis años, en caso de árboles y vides, y cuatro años en el resto de las especies.

El Comité Calificador de Variedades Vegetales (CCVV) –instancia encargada del examen de los requisitos– investigará si la variedad vegetal se ha comercializado fuera de los plazos que señala la fracción I del artículo 7 de la LFVV y realizará consultas en los registros oficiales de los organismos internacionales y de los países con los que hubiese convenios sobre la materia; asimismo, se difundirán por los medios que se consideren idóneos los datos y características de la variedad vegetal para que sean del conocimiento público.

4.3.2. Distintividad

Tendrá distintividad la variedad vegetal que se distinga técnica y claramente por uno o varios caracteres pertinentes de cualquier otra variedad, cuya existencia sea conocida en el momento en que se solicite la protección. Dichos caracteres deberán reconocerse y describirse con precisión. El reglamento señalará las diversas referencias para determinar si una variedad es o no conocida (artículo 7, fracción II de la LFVV).

El artículo 2, fracción I del RLFVV establece que los caracteres pertinentes son expresiones fenotípicas y genotípicas propias de la variedad vegetal que permiten su identificación, pero no hace la precisión de qué se entiende por “conocimiento previo de la variedad vegetal”.

El artículo 31 del RLFVV faculta al CCVV para verificar el requisito de distinción, considerando cualquier característica que pueda ser determinada y descrita con precisión como distintiva, de manera que la variedad vegetal pueda diferenciarse de otras sin difi-

cultad alguna, independientemente de la naturaleza de los caracteres pertinentes señalados en el informe técnico. Los caracteres pertinentes que se utilicen para distinguir una variedad vegetal podrán ser cualitativos y cuantitativos. En ambos casos, la variación se definirá mediante niveles de expresión fenotípica en función de las necesidades de distinción que, para los que no sean mesurables, será de tipo discontinuo y, para los cuantificables, continuo entre dos extremos, los cuales se describirán en las guías técnicas respectivas o en las normas oficiales mexicanas.

Aquí debemos hacer notar que existe una contradicción entre la LFVV y el RLFVV respecto a la definición de “caracteres pertinentes”. En efecto, la LFVV considera que los caracteres pertinentes pueden ser fenotípicos o genotípicos, en cambio, el RLFVV considera únicamente el fenotipo. Además de la discrepancia, la LFVV debería utilizar en lugar del término “genotípico” la expresión “fenotípica de un genotipo particular o una combinación de genotipos”, redacción que es más acorde con el CUPOV.

4.3.3. Homogeneidad

Una variedad vegetal presenta homogeneidad si es lo suficientemente uniforme en sus caracteres pertinentes a reserva de la variación previsible por su reproducción sexual o multiplicación vegetativa (artículo 7, fracción IV de la LFVV).

El artículo 33 del RLFVV, en otras palabras –pero con idéntico significado que la LFVV–, prevé que una variedad será homogénea cuando su población vegetal sea prácticamente igual entre sí o presente variaciones dentro de un rango razonable –y previsible– por la multiplicación repetida. Esta variación esperada deberá ser descrita con precisión en el informe técnico.

4.3.4. Estabilidad

Por último, la estabilidad de una variedad se logra si conservan inalterados sus caracteres pertinentes después de reproducciones o propagaciones sucesivas (artículo 7, fracción III de la LFVV).

Como podemos observar, ninguno de los preceptos citados toma

en cuenta el caso de las variedades vegetales híbridas que no pueden ser reproducidas sucesivamente, sino que tienen un ciclo particular de reproducciones o de multiplicaciones. Para estos casos, tanto el inciso d) del artículo 6 del Acta del CUPOV de 1978 como el artículo 9 del Acta del CUPOV de 1991 establecen que la variedad híbrida será estable si permanecen inalterados sus caracteres pertinentes al final de cada ciclo particular de reproducciones o de multiplicaciones (Arcudia, 2018, p. 308)

4.4. Ámbito de la protección

Una vez que el solicitante cumple con el examen de forma y de fondo, le será concedido un título de obtención vegetal, el cual tiene un ámbito de protección que está regulado en el artículo 4 de la LFVV. Los derechos que les otorga a los obtentores son los siguientes:

I.- Ser reconocido como obtentor de una variedad vegetal. Este derecho es inalienable e imprescriptible, y

II.- Aprovechar y explotar, en forma exclusiva y de manera temporal, por sí o por terceros con su consentimiento, una variedad vegetal y su material de propagación, para su producción, reproducción, distribución o venta, así como para la producción de otras variedades vegetales e híbridos con fines comerciales. Estos derechos tendrán una duración de:

a) Dieciocho años para especies perennes (forestales, frutícolas, vides, ornamentales) y sus portainjertos, y

b) Quince años para las especies no incluidas en el inciso anterior. Estos plazos se contarán a partir de la fecha de expedición del título de obtentor y, una vez transcurridos, la variedad vegetal, su aprovechamiento y explotación, pasarán al dominio público.

La LFVV se sitúa en un punto intermedio entre las Actas del CUPOV de 1978 –a la que pertenece nuestro país– y el Acta del CUPOV de 1991. La primera solamente le otorga al obtentor el monopolio para la producción con fines comerciales, la oferta en venta y la comercialización del material de reproducción o propagación. En 1991, se incrementaron las operaciones que requieren autorización

del obtentor. A partir del Acta del CUPOV de 1991, es necesaria la anuencia del obtentor para producir, ofrecer en venta, comercializar y reproducir con fines de propagación, exportación, importación y almacenamiento para dichos propósitos.

La original idea del legislador mexicano de “reconocer” al obtentor de una variedad vegetal como tal, de forma inalienable e imprescriptible, equivale a confundir los derechos de autor con los derechos de propiedad industrial. En efecto, se está trasladando el derecho de paternidad de una obra al campo de las obtenciones vegetales.

Pues bien, una vez expuestos a grandes rasgos los principales elementos del derecho sustantivo de las obtenciones vegetales, pasaremos revista a la estructura administrativa encargada de materializar ese derecho.

4.5. Ausencia del concepto “variedad esencialmente derivada”

La introducción del concepto “variedad esencialmente derivada” fue una de las mayores aportaciones del Acta de CUPOV de 1991. A este respecto, el artículo 14.5 b dispone:

- b) A los fines de lo dispuesto en el apartado a)i), se considerará que una variedad es esencialmente derivada de otra variedad (“la variedad inicial”) si
 - i) se deriva principalmente de la variedad inicial, o de una variedad que a su vez se deriva principalmente de la variedad inicial, conservando al mismo tiempo las expresiones de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad inicial,
 - ii) se distingue claramente de la variedad inicial,
 - y iii) salvo por lo que respecta a las diferencias resultantes de la derivación, es conforme a la variedad inicial en la expresión de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad inicial.

La adopción de este concepto no solo evita el plagio de variedades protegidas mediante modificaciones superficiales, sino también la asimetría entre el sistema de patentes y el sistema de protección de

obtenciones vegetales. Un ejemplo claro de esta asimetría es que el titular de una patente sobre un gen insertado en una variedad protegida podría desarrollar una variedad distinguible y, por tanto, protegible de manera independiente, sin que el titular de los derechos de obtención vegetal pudiera hacer nada. Por tanto, el concepto de “variedad esencialmente derivada” establece el equilibrio entre los intereses de los obtentores de las variedades protegidas y aquellos que desean introducir variedades que se basan totalmente en la estructura genética de una variedad protegida con uno o más cambios concretos.

A diferencia de lo que se prevé normalmente en el derecho de patentes –al amparo del concepto de “patentes dependientes”–, el creador de una variedad esencialmente derivada no adquiere derechos al uso de la variedad inicial. El obtentor de una variedad esencialmente derivada tampoco puede explotar comercialmente la variedad sin autorización del obtentor de la variedad inicial, de modo que está obligada a alcanzar un acuerdo con este último para explotarla (Correa, 2001, pp. 145-146).

En el caso mexicano, la LFVV no contempla esta figura, situación que consideramos juega en contra de los intereses nacionales. En efecto, un país como México, rico en biodiversidad y que realiza esfuerzos en mejora vegetal clásica, se ve perjudicado con la adopción de un sistema de protección que se basa únicamente en el Acta del CUPOV de 1978, que no contempla la derivación esencial. Concretamente, las variedades nacionales serán susceptibles de competencia por parte de los obtentores que modifiquen superficialmente las variedades existentes. En cambio, si la LFVV incorpora el concepto de “variedad esencialmente derivada”, las variedades modificadas de forma superficial no podrían ser explotadas sin la autorización del obtentor de la variedad inicial.

En Iberoamérica, la Decisión 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena prevé que el derecho del obtentor de impedir que terceros realicen determinados actos sin su consentimiento se extienda a las variedades esencialmente derivadas. El concepto de “variedad esencialmente derivada” también se encuentra presente en la legislación de obtenciones vegetales de Brasil (Correa, 2001 p. 144)

5. Límites a los derechos de obtención vegetal

Desde nuestro punto de vista, los límites a los derechos de obtención vegetal son una de las características que pueden lograr el equilibrio entre los intereses de los agricultores tradicionales, los agricultores comerciales y los obtentores. No obstante, como veremos, la legislación mexicana tiene un área de oportunidad en esta materia.

5.1. Excepción de experimentación y ausencia del privilegio del mejorador

La fracción I del artículo 5 de la LFVV contiene la excepción de experimentación: no se requiere autorización del obtentor para utilizar la variedad vegetal como fuente de investigación para el mejoramiento genético de otras variedades vegetales.

Esta excepción no se puede equiparar con el privilegio del mejorador. Por el contrario, Gattari y Durante (1997, p. 311) consideran que en esta fracción se enuncia el privilegio del mejorador. Este privilegio abarca no solo el desarrollo de nuevas variedades sin la autorización del obtentor de la variedad inicial, sino que también permite la explotación comercial de la nueva variedad vegetal sin autorización del obtentor. Este privilegio no se contempla en la legislación mexicana de obtenciones vegetales.

A nuestro entender, la ausencia del privilegio del mejorador en la LFVV es más que criticable. Este privilegio es una de las características del sistema de protección de obtenciones vegetales que lo hacen más adecuado que el sistema de patentes para fomentar la innovación en el sector de las variedades vegetales.

No obstante, los actos con fines de experimentación no son los únicos que están excluidos del derecho del obtentor en la LFVV, sino también los actos de uso privado de la variedad vegetal.

5.2. Actos de uso privado

Las fracciones II y III del artículo 5 de la LFVV configuran la excepción del uso privado, formulada de una forma sumamente casuística y alambicada. En efecto, la fracción II establece que no se aplicarán los derechos del obtentor a la multiplicación de la variedad vegetal

para uso propio como grano de consumo. La fracción III establece la no aplicabilidad de los derechos del obtentor para el consumo humano o animal que beneficie exclusivamente a quien lo lleva a cabo.

La redacción de esta excepción, además de ser obscura y rebuscada, no contempla el caso de variedades vegetales ornamentales porque estas no se consumen ni son granos.

5.3. Privilegio del agricultor

La mayoría de los países en vías de desarrollo tienen una economía agrícola orientada –principalmente– hacia los mercados locales y que depende en gran medida de las semillas producidas por los pequeños agricultores de variedades “tradicionales” y “mejoradas”, que estos mantienen y siguen adaptando a las condiciones locales. Los denominados “sistemas de semillas de los agricultores” se refieren principalmente a los métodos de los que se valen los agricultores para producir, obtener, mantener y elaborar las semillas y distribuir las de una estación de cultivo a la siguiente y de un agricultor a otro. Cada año, se seleccionan las plantas de elevado rendimiento, buena calidad y gran adaptabilidad y, con el tiempo, se va produciendo –voluntaria o involuntariamente– un mejoramiento lento y gradual del rendimiento de la variedad. Mediante la introducción de un sistema de protección de las variedades vegetales, el sistema de semillas de los agricultores se va transformando en un sistema formal de semillas (Van Wijk, 2003, p. 3). Por tanto, se hace necesario reglamentar el uso, por parte de los agricultores, del producto de la cosecha.

En las versiones del CUPOV de 1961, 1972 y 1978 se les permitía a los agricultores sembrar el producto de la cosecha sin pagarle regalías al titular del derecho de la obtención. Este privilegio se basaba en una de las principales prácticas de los agricultores y se estimó que debía ser reconocida por los derechos de obtención vegetal, a saber: permitir que los agricultores sembraran la semilla sin tener que pagar nada por ello. De modo que los agricultores no tenían que preocuparse por la introducción de los derechos de obtención vegetal (Llewelyn, 1997, p. 124). En el Acta del CUPOV de 1978, conservar la semilla con este propósito no era considerado un acto de infracción (Verma, 1995, p. 285).

Pero en el Acta del CUPOV de 1991, con la extensión de los actos sujetos a autorización del titular de los derechos de obtención, cualquier acto de utilización del material de propagación o de la semilla sin autorización del titular es un acto de infracción, con independencia de su propósito (Verma, 1995, p. 285).

Como contrapartida, el artículo 15.2 del Acta del CUPOV de 1991 les permite a los Estados miembros establecer una excepción en favor de los agricultores, respetando los legítimos intereses del obtentor de la variedad. Un Estado miembro podrá restringir el derecho del obtentor en relación con cualquier variedad, con objeto de permitirles a los agricultores utilizar el producto de la cosecha obtenido en sus propias plantaciones con fines de propagación en esas mismas plantaciones. Así, pues, se permite la práctica de guardar las semillas, pero con la diferencia de que estará sujeto a que el Estado miembro desee autorizar la excepción (Greengrass, 1991, p. 469; Verma, 1995, p. 285).

El privilegio del agricultor es una de las características del sistema de protección de las obtenciones vegetales que lo hacen idóneo para agriculturas como la mexicana, en las que coexisten la agricultura comercial y la agricultura tradicional. Como es sabido, el privilegio del agricultor garantiza que los obtentores puedan obtener una recompensa por sus esfuerzos por mejorar las variedades existentes y, al mismo tiempo, garantiza que los agricultores puedan continuar con la práctica ancestral de sembrar el producto de la cosecha.

Así las cosas, la fracción II del artículo 5 de la LRVV establece que no se requiere el consentimiento del obtentor de una variedad vegetal para utilizarla en la multiplicación del material de propagación, siempre y cuando sea para uso propio como grano para siembra, de conformidad con el RLFVV y las normas oficiales mexicanas que establezca la Secretaría de Agricultura y Desarrollo Rural (SADER).

El artículo 8 del RLFVV establece que el privilegio del agricultor solo les corresponderá a personas físicas y que estará restringido a la cantidad de material de propagación que el productor agrícola guarde (o reserve) para sembrar una superficie, el cual no debe exceder los límites establecidos en las normas oficiales mexicanas correspondientes.

Debemos hacer algunas observaciones en cuanto a la regulación del privilegio del agricultor en el derecho mexicano. En primer lu-

gar, si comparamos la formulación del privilegio del agricultor en la LFVV con la del Acta del CUPOV de 1991, fácilmente comprobaremos que la de la LFVV es muy imprecisa. No establece la obligación de utilizar el material en la explotación propia ni la salvaguardia de los intereses del obtentor.

En segundo lugar, en cuanto a la reglamentación, la exigencia de que un agricultor deba ser persona física es algo inusual. Entendemos que la intención del legislador sea evitar que las grandes sociedades que se dedican a las explotaciones comerciales puedan beneficiarse del privilegio del agricultor (lo que es bastante criticable). No obstante, si se desea beneficiar exclusivamente a los pequeños agricultores, se deja fuera las sociedades cooperativas y los ejidos, que son figuras mediante las cuales se asocian los pequeños agricultores para producir. Cabe señalar que los ejidos son una forma de asociación de los campesinos con personalidad jurídica y patrimonio propio y que son propietarios de las tierras que les han sido dotadas o de las que hubieren adquirido por cualquier otro título (artículo 9 de la Ley Agraria).

En tercer lugar, el RLFVV restringe la cantidad de material a utilizar en determinada superficie. Esta restricción, dispone el RLFVV, se deberá desarrollar en una norma oficial mexicana que hasta la fecha no se ha publicado. Esta solución legal nos parece inapropiada, puesto que una norma oficial mexicana es un instrumento de carácter técnico que es aprobada por el director general jurídico de la SADER y, por tanto, es una solución que no aporta seguridad jurídica a los agricultores. Además de que a la fecha no se ha expedido esa norma oficial mexicana y han pasado más de dos décadas desde que entró en vigor el RLFVV.

5.4. La protección de la biodiversidad y acceso a los recursos fitogenéticos

El legislador tenía cierta preocupación para amparar la biodiversidad contra las prácticas de las empresas, que podrían apropiarse de plantas o semillas registrándolas como nuevas variedades vegetales. La LFVV recoge tal preocupación, expresamente, al mencionar que se protege “la biodiversidad de las variedades vegetales, que son del dominio público” (artículo 3, fracción XI de la LFVV).

Pues bien, la LFVV y el RLFVV contienen algunas disposiciones que tienen por objeto proteger la biodiversidad y garantizar el acceso a los recursos fitogenéticos.

Como innovación, el inciso c) de la fracción I del artículo 3 de la LFVV contiene el reconocimiento social de las comunidades rurales en la conservación y desarrollo del material genético, a la par que impone la obligatoriedad de aceptar actividades de investigación realizadas por instituciones públicas. La citada disposición puede implicar perjuicios graves a la sociedad si los productores agrícolas pierden el control sobre sus recursos genéticos. No obstante, persiste la discusión en torno a si esta ley debe contener o no ese precepto.

Algunos argumentan que no debió incluirse porque debe considerarse en un marco jurídico sobre acceso a la biodiversidad en un capitulado sobre recursos fitogenéticos. Por otra parte, hay quienes consideran indisociable el tema de la propiedad intelectual y la cuestión del uso, conservación y protección del germoplasma y sus materiales derivados (Aboites y Manrique, 2005, pp. 240-241).

La fracción XI del artículo 3 de la LFVV establece que la SADER tendrá como atribuciones la protección de la biodiversidad de las variedades vegetales, que son del dominio público, y que las comunidades tendrán el derecho de explotarlas racionalmente como tradicionalmente lo vienen haciendo, derecho que deberá expresarse claramente en el reglamento de esta ley.

El artículo 5 del RLFVV establece que las comunidades rurales tendrán, en todo tiempo, el derecho de utilizar y explotar comercialmente las variedades vegetales resultantes de su práctica, usos y costumbres. Estas comunidades rurales permitirán el desarrollo de las actividades de investigación y estudio que sobre tales variedades vegetales lleven a cabo instituciones públicas y privadas para proteger la biodiversidad.

Ahora bien, nosotros somos de la opinión de que la protección de la biodiversidad es un tema que debe ser abordado por una legislación específica sobre la materia. No obstante, es necesario establecer determinados límites en la legislación de obtenciones vegetales y en el sistema de patentes. Las limitaciones que establecen la LFVV y su reglamento son orientativas de las acciones que puede emprender el Gobierno Federal mexicano y las comunidades rurales, pero no son suficientes para garantizar el libre acceso a los recursos filogenéticos.

Además, esas limitaciones tampoco garantizan que las comunidades se beneficien de los resultados de las investigaciones sobre las variedades vegetales de uso tradicional.

En este sentido, consideramos que debe adoptarse una legislación específica sobre la protección de la biodiversidad en la que se regulen estrategias concretas, v.gr., los acuerdos entre las compañías multinacionales en los que se intercambien o se permita el acceso a los recursos genéticos naturales a cambio del acceso a las nuevas variedades mejoradas con la biotecnología; el establecimiento de un registro de variedades de uso tradicional; la implementación de programas de prospección de variedades vegetales por parte del Gobierno Federal, etc. En este sentido, el Protocolo de Nagoya proporciona un marco adecuado para este tipo de estrategias.

Ahora bien, la LFFVV adopta una estrategia concreta en la protección de la biodiversidad y de las variedades vegetales de uso tradicional: exige que las variedades vegetales candidatas a protección hayan sido obtenidas mediante un proceso de mejoramiento.

El artículo 2º, fracción V de la LFFVV recoge el concepto de “proceso de mejoramiento” como técnica o conjunto de técnicas y procedimientos que permiten desarrollar una nueva variedad vegetal y que hacen posible su protección por ser nueva, distinta, estable y homogénea. Además, el artículo 34 del RLFVV establece que las variedades vegetales que sean susceptibles de protección por derecho de obtención vegetal deberán ser resultado de una “actividad creativa”.

Desde nuestro punto de vista, sería más conveniente que la LFFVV adopte el concepto de “variedad esencialmente derivada” del Acta del CUPOV de 1991 para evitar biopiratería de variedades vegetales a través de modificaciones menores.

6. La estructura administrativa

La estructura administrativa encargada del procedimiento de concesión, sancionatorios y de inspección se encuentra en la SADER. El principal es el Servicio Nacional de Inspección y Certificación de Semillas (SNICS), pero coadyuvan el Comité Calificador de Variedades Vegetales (CCVV) y el Registro Nacional Agropecuario (RNA). A continuación, pasaremos revista a sus características y funciones.

6.1. Servicio Nacional de Inspección y Certificación de Semillas

El SNICS es un órgano desconcentrado de la SADER encargado de vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales en materia de variedades vegetales y semillas.

En este punto queremos hacer notar que el rango del SNICS, como órgano desconcentrado, es menor –en grado de autonomía– que el del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), que tiene el rango de organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, siendo la autoridad administrativa en materia de propiedad industrial. Es difícil justificar esta desigualdad de tratamiento: los títulos de obtención vegetal son títulos de propiedad industrial como las patentes, las marcas o los modelos de utilidad. Por tanto, no entendemos el motivo por el cual el organismo que se encarga de conceder un título de obtención vegetal no tiene el mismo rango que el que concede los demás títulos de propiedad industrial, sobre todo cuando lo que se busca con la creación de organismos descentralizados es evitar que decisiones técnicas, como son la concesión de títulos de propiedad industrial, puedan ser afectadas por vaivenes políticos (Arcudia, 2018, p. 290).

Con el fin de proteger las variedades vegetales, el SNICS tiene a su cargo la sustanciación del procedimiento de concesión de los títulos de obtención vegetal y la aplicación de las medidas provisionales en el procedimiento por infracción de la LFVV.

Además, tiene atribuciones para practicar visitas de verificación a fin de comprobar el cumplimiento de la LFVV y del RLFVV. Asimismo, como veremos, se encarga de adoptar las medidas provisionales a las que hace referencia el artículo 64 del RLFVV en el procedimiento por infracciones a los derechos del obtentor.

6.2. Comité Calificador de Variedades Vegetales

La LFVV creó este Comité, cuyas funciones son: dictaminar la procedencia de las solicitudes de título de obtentor y su inscripción en el registro, establecer los procedimientos para la realización y evaluación de pruebas técnicas de campo o de laboratorio, manifestar su opinión para la formulación de normas oficiales mexicanas relativas a la caracterización y evaluación de variedades vegetales con fines de descripción y las demás que señale el RLFVV.

El Comité será presidido por el subsecretario de Agricultura y Ganadería de la SADER y su secretario técnico será el director del SNICS. La Secretaría de Actas le corresponderá a la Dirección General Jurídica de la Secretaría. Los otros tres representantes de la SADER serán los directores en jefe del Instituto Nacional de Investigaciones Forestales, Agrícolas y Pecuarias y de la Comisión Nacional de Sanidad Agropecuaria y el director general de Agricultura de la SADER. Todos los representantes propietarios designarán a sus suplentes. Igualmente lo integrarán un representante propietario y uno suplente de la Secretaría del Medio Ambiente del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial y uno más que de común acuerdo designarán las instituciones públicas nacionales de investigación agrícola (artículo 18 del RLFVV).

Pues bien, al recibir la solicitud de título de obtención vegetal, el Comité Calificador de Variedades Vegetales dictaminará si una variedad vegetal satisface el requisito de la novedad y si la denominación reúne los requisitos que establecen la LFVV y el RLFVV. El Comité Calificador de Variedades Vegetales dictaminará la procedencia de la solicitud, comunicándoselo al RNA para que su director expida la constancia de presentación. Esta le será notificada al solicitante, se inscribirá en el RNA y será publicada en el DOF.

Una vez realizado el examen de fondo por los grupos técnicos del SNICS, el Comité Calificador de Variedades Vegetales dictaminará la procedencia de tal examen para que el Director del RNA expida el título de obtención vegetal, que igualmente será publicado en el DOF.

6.3. Registro Nacional Agropecuario

La LFVV y el RLFVV establecieron un registro específico para las variedades vegetales protegidas: el Registro Nacional de Variedades Vegetales.

En cuanto a los actos que se pueden inscribir en el RNA, el artículo 33 de la LFVV enumera los siguientes: la solicitud de expedición del título de obtentor, la constancia de presentación, el título de obtentor y la renuncia de los derechos de explotación y aprovechamiento que confiere la fracción II del artículo 4 de la LFVV. También recoge la inscripción de los derechos, transmisiones y otros gravámenes que, en su caso, se realicen de los derechos de esta misma

fracción y artículo; la expedición de licencias de emergencia a que se refiere esta ley; el fin de la vigencia de la constancia de presentación o del título de obtentor, ya sea por caducidad o por vencimiento del plazo respectivo, así como la inscripción preventiva de los procedimientos de nulidad y revocación de un título de obtentor y su resolución definitiva; y la resolución en la que se establezca que las variedades vegetales han pasado al dominio público.

Ahora bien, esta estructura administrativa tiene a su cargo el procedimiento de concesión de los títulos de obtención vegetal. Para abordarlo, hemos de dividirlo en dos partes: a) la solicitud y el examen de forma; y b) el examen de fondo y la concesión del título de obtentor.

7. La solicitud de título de obtentor y el examen de forma

El inicio del proceso de concesión de título de obtentor es la solicitud de este. La solicitud de protección de derechos se presentará ante el SNICS en el formato que la SADER les proporcionará gratuitamente a los interesados (artículo 12 del RLFVV). Se puede presentar de dos formas: de manera presencial en las oficinas del SNICS en la Ciudad de México o de manera virtual a través de UPOV PRISMA.

UPOV PRISMA es una herramienta en línea para la presentación de solicitudes de derechos de obtentor en oficinas de protección de obtenciones vegetales de los 36 miembros que participan de la UPOV. Nuestro país acepta variedades vegetales de todos los géneros y especies.⁴

7.1. Requisitos de la solicitud de título de obtentor

Los requisitos que deben presentarse para iniciar el trámite del título de obtentor son los siguientes:

- a. Solicitud de título de obtentor, en la que deben consignarse los datos del solicitante, los datos de la variedad y una lista con los documentos anexos a la solicitud (artículo 12 del RLFVV).⁵

4 Sitio web: <https://www3.wipo.int/authpage/signin.xhtml?goto=https%3A%2F%2Fwww3.wipo.int%3A443%2Fupovprisma%2F>.

5 La solicitud del título de obtentor se puede descargar del sitio web: <https://>

- b. Informe técnico en el que se detallen las características de la variedad vegetal que se pretende proteger, formulado con base en las guías técnicas o en las normas oficiales mexicanas que expida la Secretaría para cada género y especie (artículo 13, fracción I del RLFVV). Este informe consta de la declaración de la distinción de homogeneidad y estabilidad y la descripción varietal.⁶
- c. Comprobante del pago de derechos (artículo 13, fracción II del RLFVV).
- d. El instrumento jurídico, en su caso, mediante el que se acredite la personalidad del representante legal (artículo 13, fracción III del RLFVV).

El SNICS llevará un libro de solicitudes en el que se asentarán de inmediato los datos necesarios para la identificación de cada solicitud, por estricto orden progresivo de acuerdo con su fecha de presentación. Dentro de los tres días hábiles siguientes a su recepción, el SNICS enviará la solicitud al CCVV (artículo 14 del RLFVV).

7.2. El examen de forma de la solicitud de título de obtentor

Al recibir la solicitud de título de obtentor, el CCVV dictaminará si una variedad vegetal satisface el requisito de la novedad y que la denominación reúna los requisitos legales.

En cuanto a la denominación, el artículo 27 del RLFVV establece que esta será su denominación genérica y debe cumplir con tres requisitos:

- I. Permitir que la variedad vegetal se identifique claramente.
- II. Distinguirse claramente de cualquier denominación que designe una variedad vegetal preexistente de la misma especie botánica o de una especie semejante y no ser susceptible de inducir a error o de prestarse a confusión sobre las caracterís-

www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/617135/Solicitud_de_Titulo_de_Obtentor.pdf.

6 Presentación del SNICS disponible en el sitio web: https://docs.google.com/presentation/d/e/2PACX-1vSkKh8O7Hvj225OWHqD58IBgi7s10dXO-J3VINboUq4S9JAENhGI60ilXUuIBhLUYh4BnU5e4gvDR755/pub?start=true&loop=true&cd&slide=id.g1170113a3ad_0_5v.

ticas, el valor o la identidad de la variedad vegetal o sobre la identidad del obtentor.

- III. Sujetarse, en lo conducente, a lo dispuesto por la Ley de la Propiedad Industrial. Esto último en cuanto a que no debe ser una marca registrada ni inducir a riesgo de asociación o confusión.

Para determinar si la variedad objeto de la solicitud cumple con el requisito de novedad explicado líneas arriba, el CCVV investigará si la variedad vegetal se ha comercializado fuera de los plazos señalados y realizará consultas en los registros oficiales de los organismos internacionales y de los países con los que hubiese convenios sobre la materia. Asimismo, se difundirán por los medios que se consideren idóneos los datos y características de la variedad vegetal para que sean de conocimiento público (artículo 26 del RLFVFF).

Una vez cubiertos los requisitos de novedad, denominación y llenado formal de la solicitud, el SNICS notificará al solicitante para efectuar el pago correspondiente y, una vez recibido, gestionará la expedición de la Constancia de Presentación, que tiene efectos de título provisional en tanto se otorga el título de obtentor. El otorgamiento de la constancia debe realizarse dentro de los 120 días posteriores a la presentación de la solicitud. La constancia, al igual que el título, se concederán previo pago de derechos y serán suscritos por el director del Registro Nacional Agropecuario, que, a su vez, tiene a cargo el Registro Nacional de Variedades Vegetales. Esta será notificada al solicitante, se inscribirá en el RNA y será publicada en el DOF.

El titular de esta constancia se presume obtentor de la variedad vegetal. Quien aproveche o explote una variedad vegetal o su material de propagación, desde la fecha de expedición de la constancia de presentación y hasta el otorgamiento del título de obtentor correspondiente, sin consentimiento de quien resulte ser el obtentor será responsable de los daños y perjuicios que le origine a este último. El obtentor podrá exigir, a partir del inicio de la vigencia de su título, tales daños y perjuicios (artículo 14 del RLFVV).

Ahora bien, debemos advertir que la LRFVV guarda silencio sobre la indemnización por los daños y perjuicios que pueden causarse a terceros en el caso de que el solicitante no hubiera obtenido el título

de obtentor y hubiese hecho valer ante un tercero su constancia de presentación. En otras palabras, la LFVV deja sin resolver la cuestión de qué sucederá con los efectos causados por la protección provisional cuando no se obtiene el título de la obtención vegetal (Becerra, 1998, p. 605).

8. El examen de fondo y la concesión del título de obtentor

Una vez superado el examen de forma, el SNICS procederá con el examen de fondo, el cual se conoce como DHE (por distintividad, homogeneidad y estabilidad). La LFVV y el RLFVV prevén que el SNICS podrá auxiliarse para realizarlo con los grupos de apoyo técnico.

8.1. Los grupos de apoyo técnico del Servicio Nacional de Inspección y Certificación de Semillas

El examen de fondo será realizado por los grupos de apoyo técnico del SNICS, que son cuerpos colegiados de apoyo y consulta que actúan como peritos en variedades vegetales. Estos grupos están integrados por especialistas de cada cultivo (o grupo de especies) pertenecientes a instituciones académicas y de investigación, como también por productores y organismos gubernamentales con experiencia y conocimiento en fitomejoramiento, producción de semillas, caracterización varietal y áreas vinculadas. Los grupos de apoyo técnico funcionan colegiadamente y su actividad está a cargo del SNICS, además de contar con un coordinador perteneciente a una institución de reconocido prestigio (Arcudia, 2018, pp. 289-290).

Dado el carácter especializado y altamente técnico para el dictamen de las variedades vegetales, y ante la amplia gama de casos que pueden presentarse –en cuanto a que pueden protegerse las variedades vegetales de cualquier género y especie– y a la necesidad de analizar información morfológica, fisiológica, bioquímica, molecular y estadística, se hace necesario que el SNICS cuente con el apoyo de expertos con un alto grado de competencia y amplia experiencia para las diversas áreas de análisis y la especie en estudio (Herrera, 2016, p. 66).

8.2. El examen de distintividad, homogeneidad y estabilidad

El examen DHE se basa principalmente en los ensayos en cultivo efectuados por la autoridad competente encargada de otorgar los derechos de obtentor o por instituciones independientes, como los institutos públicos de investigación que actúan en representación de dicha autoridad o, en algunos casos, sobre la base de ensayos en cultivo efectuados por el obtentor. El examen da lugar a la descripción de la variedad mediante sus caracteres pertinentes (por ejemplo, altura de la planta, forma de la hoja, época de floración), a través de los cuales puede definirse como variedad según lo previsto en el artículo 1.vi) del Acta del CUPOV de 1991.⁷

En el caso de que la variedad candidata haya iniciado el trámite o cuente con protección en un país miembro de la UPOV en el que se realice el examen DHE, el solicitante podrá manifestar por escrito al SNICS que es su deseo que se realicen las gestiones necesarias para la compra del informe técnico. Una vez realizado el examen DHE, la autoridad enviará el informe técnico al SNICS y la factura correspondiente al solicitante.

El examen DHE también puede realizarlo el propio solicitante. Debe identificar la directriz o guía correspondiente. En el caso de maíz y frijol, se aceptan tanto las directrices de la UPOV como las guías técnicas del SNICS. En el caso de que no se disponga de guía nacional o directriz internacional de la especie de la variedad candidata al momento de la presentación de la solicitud, el interesado deberá proponer una descripción varietal conforme a una metodología que permita su identificación varietal y diferenciación con las demás variedades conocidas. Se puede apoyar en el documento de la UPOV TG/1/3 Introducción general al examen de la distinción, la homogeneidad y la estabilidad y a la elaboración de descripciones armonizadas de las obtenciones vegetales.⁸

Estas últimas opciones, tanto la realización por otra instancia o por el propio solicitante, representan –desde nuestro punto de vista– un inconveniente. Si bien son las vías más utilizadas en aras de agilizar el proceso de concesión del título de obtentor, no son las más

7 Sitio web de la UPOV: www.upov.int.

8 Presentación del SNICS disponible en el sitio web: <https://docs.google.com/>

idóneas para garantizar un equilibrio entre la protección de la biodiversidad, la protección de los derechos de los pueblos originarios y los derechos de los obtentores. Desde nuestra perspectiva, debería fortalecerse la capacidad del SNICS para realizar estos estudios porque la intervención pública puede garantizar mejor el equilibrio de los intereses de todas las partes, así como la imparcialidad de los resultados del examen DHE.

8.3. La concesión del título de obtentor

Una vez realizado el examen de fondo, el CCVV dictaminará la procedencia de tal examen para que el director del RNA expida el título de obtención vegetal, que igualmente será publicado en el DOF.

El título deberá expresar, como mínimo, el nombre completo del obtentor y, en su caso, los nombres completos de los fitomejoradores, el nombre común o vulgar y científico del género y especie de que se trate, su denominación su número de registro y las fechas de su expedición y de conclusión de su vigencia (artículo 38 del RLFVV).

El artículo 55 del RLFVV establece que podrá promoverse el recurso de nulidad del título de obtentor de oficio, o a petición de la parte interesada, ante la Dirección General Jurídica de la SADER. Este recurso podrá ser promovido en el plazo de quince días hábiles desde la publicación del título de obtentor en el DOF. No entendemos la razón de por qué el RLFVV establece un plazo tan breve para oponerse a la concesión del título de obtención. Por lo menos hubiese establecido un plazo de 45 días, similar al del recurso de revocación en materia administrativa.

9. Conclusiones

De lo anteriormente expuesto podemos concluir:

- I. La implementación del sistema de protección de variedades en México se inscribió dentro de los profundos cambios que expe-

presentation/d/e/2PACX-1vSkKh8O7Hvj225OWHqD58IBgi7sI0dXO-J3VINboUq4S9JAENhGI60ilXUuIBhLUYh4BnU5e4gvDR755/pub?start=true&loop=true&cd&slide=id.g1170113a3ad_0_5v.

rimentó la economía mexicana en las décadas de 1980 y 1990. La polarización del campo en nuestro país —que tiene, por un lado, una agricultura campesina tradicional de subsistencia y, por otro lado, una agricultura comercial moderna— es una condición a tener en cuenta para evitar una mayor desigualdad de la que existe. Y es que el cambio económico consistió en el retiro del Estado de la actividad agropecuaria para dejar que el mercado fuese quien regulara la actividad agropecuaria. Sabemos que el libre mercado por sí solo no es suficiente para asignar los recursos equitativamente. Más bien podría provocar un ahondamiento de la desigualdad entre los tipos de agricultura nacional.

- II. En esta tesitura, México ha ratificado dos tipos de instrumentos: unos que otorgan altos estándares de protección a la propiedad industrial sobre variedades vegetales —el TLCAN-TMEC y el ADPIC— y otros que tratan de atenuar los derechos de propiedad para proteger la biodiversidad. De entre los primeros hemos visto que si el TLCAN y el ADPIC obligaron a nuestro país a implementar protección como mínimo del Acta del CUPOV de 1978, el TMEC obligará en los próximos años a elevar los estándares al Acta del CUPOV de 1991. Como pudimos apreciar del breve análisis de las diferentes actas del CUPOV, la de 1991 contiene una regulación con una protección más fuerte que en las versiones anteriores. Por lo tanto, en el mediano plazo, nuestro campo experimentará retos importantes ante los nuevos estándares de protección que traerá la implementación del Acta del CUPOV de 1991 en nuestro país.
- III. Por el lado de la atenuación, analizamos brevemente el CDB —sobre todo su artículo 8j— en materia de acceso a los recursos de los pueblos originarios, y el Protocolo de Nagoya, que establece los protocolos comunitarios para la participación de las comunidades en los beneficios de la explotación de sus recursos. Ahora bien, la aplicación de estos instrumentos, que hacen un contrapeso a las regulaciones de propiedad industrial, se puede realizar a través de la interpretación conforme y del principio *pro personae*. Estos dos acuerdos son parte del texto constitucional porque regulan derechos humanos. Además, el

propio artículo 27 constitucional establece que la propiedad privada estará sujeta a las limitaciones que dicte el interés público. Si tenemos en cuenta que también son de aplicación los derechos de los pueblos originarios –regulados en el artículo 2º constitucional–, las autoridades mexicanas pueden aplicar las leyes garantizando en todo momento los derechos de los pueblos originarios, quienes son los que también practican la agricultura tradicional.

- IV. La LFVV establece un concepto de “variedad vegetal” que delimita la frontera entre el sistema de patentes y de títulos de obtención vegetal, ya que México prohíbe la protección acumulada por patente y título de obtentor. Los requisitos que debe reunir una variedad para ser protegida son la novedad, la distintividad, la homogeneidad y la estabilidad. Una vez que se comprueba que la variedad cumple con los requisitos, se le otorga una protección que consiste en el reconocimiento del obtentor como desarrollador de la variedad y el monopolio para aprovechar y explotar la variedad vegetal protegida. La duración de la protección es de 18 años a partir de la concesión del título de obtentor para las especies perenes y de 15 años para el resto.
- V. La LFVV no contempla la protección de las variedades esencialmente derivadas de la variedad vegetal protegida. Esta situación juega en contra de los intereses nacionales. Un país como México, rico en biodiversidad y que realiza esfuerzos en mejora vegetal clásica, se ve perjudicado porque las variedades nacionales serán susceptibles de competencia por parte de los obtentores que modifiquen superficialmente las variedades existentes. Sin embargo, si la LFVV incorporase el concepto de “variedad esencialmente derivada”, las variedades modificadas de forma superficial no podrían ser explotadas sin la autorización del obtentor de la variedad inicial.
- VI. La LFVV contempla una excepción a los derechos de la obtención vegetal: el uso experimental de las variedades vegetales objeto de protección, aunque no contempla el privilegio del mejorador. Esta situación debe solucionarse, puesto que es una de las características que hacen idóneo al sistema CUPOV para

- proteger las variedades vegetales. Asimismo, la LFVV contiene una regulación de los actos por uso privado sumamente casuística y alambicada que es necesario corregir.
- VII. La LFVV contiene una regulación muy deficiente del privilegio del agricultor. En efecto, no establece la obligación de utilizar el material de la variedad en la explotación propia del agricultor. Tampoco reseña las bases para reglamentar el privilegio del agricultor. Asimismo, la LFVV deja abierta la posibilidad de utilizar cualquier variedad vegetal que se reproduzca por medio de grano o semilla y no contiene una lista cerrada de especies que puedan acogerse al privilegio del agricultor. Además, la exigencia de que un agricultor deba ser persona física es inusual; en todo caso, se dejan fuera del privilegio del agricultor a las sociedades cooperativas y a los ejidos. Por último, el RLFVV restringe la cantidad de material que se puede utilizar en una determinada superficie.
- VIII. La LFVV pretende regular el acceso a los recursos fitogenéticos. A este respecto, establece que la SAGARPA tendrá como atribuciones: la protección de la biodiversidad de las variedades vegetales y que las comunidades tendrán el derecho de explotárselas racionalmente. El RLFVV establece que las comunidades rurales permitirán el desarrollo de las actividades de investigación y estudio sobre variedades vegetales del dominio público que lleven a cabo instituciones públicas y privadas para proteger la biodiversidad. A nuestro modo de ver, la protección de la biodiversidad es un tema que debe ser abordado por una legislación específica sobre la materia, o bien mediante un protocolo comunitario al amparo del Protocolo de Nagoya. Por otra parte, la LFVV trata de impedir la biopiratería con el concepto de “proceso de mejoramiento” como requisito para la protección de variedades vegetales, cuando lo que debería hacer es adoptar el concepto de “variedad esencialmente derivada”.
- IX. La estructura administrativa encargada del procedimiento de concesión de los títulos de obtentor se encuentra en la SADER: el SNICS, el CCVV y el RNA. El SNICS se encarga de la recepción de la solicitud de título de obtentor y de la sustanciación del procedimiento de concesión. El CCVV dictamina el examen de

forma y el de fondo. El RNA lleva registro de las solicitudes, las constancias de presentación, los títulos de obtención vegetal y las licencias obligatorias, como también los gravámenes y transmisiones que se realicen con los títulos de obtención vegetal; su director expide las constancias de presentación y los títulos de obtención vegetal. El SNICS también tiene competencias para realizar visitas de verificación, imponer medidas provisionales y sustanciar los procedimientos por infracción.

- X. En cuanto al proceso de concesión de títulos de obtención, este se inicia con la presentación de la solicitud. Actualmente se puede presentar en las oficinas del SNICS o bien a través de la plataforma electrónica UPOV-PRISMA. Los requisitos son: la solicitud, el informe técnico, el pago de derechos y el instrumento que –en su caso– acredite la personalidad jurídica. Las solicitudes son objeto de un análisis de forma y de novedad. Una vez superado este, se expide la constancia de presentación, que otorga una protección provisional al solicitante del título de obtentor.
- XI. Para el examen de fondo, o DHE, existen tres opciones. En primer lugar, lo pueden realizar los grupos de apoyo técnico del SNICS, los cuales están conformados por especialistas de instituciones de investigación. En segundo lugar, existe la posibilidad de convalidar un examen hecho por alguna oficina extranjera de variedades vegetales. Esta segunda opción, si bien reduce costos, tendría que tomarse con reservas por cuestiones de soberanía nacional. La última opción es que el propio solicitante realice el examen. Esta última opción nos parece un tanto parcial, porque difícilmente un solicitante podría afirmar que su variedad no cumple con los requisitos DHE. Somos partidarios de reforzar los grupos de apoyo técnico del SNICS para que sean ellos quienes realicen –o bien convaliden– los exámenes DHE.

Bibliografía

- Aboites, G y Martínez, F. (2005). La propiedad intelectual de variedades vegetales en México. *Agrociencia*, (39), 237-245. <https://www.agrociencia-colpos.mx/index.php/agrociencia/article/view/387/387>.
- Arcudia, C. (2018). *La protección jurídica de las obtenciones vegetales*. Ediciones Nueva Jurídica.
- Becerra, M. (1998). La Ley Mexicana de Variedades Vegetales. En Soberanes Fernández, J. L., Carrillo Prieto, I., Castro, J. V., Madrid Hurtado, M. de la, Adame Goddard, J., Adato Green, V., Andrea Sánchez, F J. de, Barajas Montes de Oca, S., Becerra Ramírez, M., Brena Sesma, I., Caballero Juárez, J. A., Díaz Müller, L. T., Ferrer Muñoz, M., Flores Mendoza, I. B., Gómez Grillo, E., González, M. R., González Alcántara, J. L., González Martín, N., Huerta Ochoa, C., Iglesias G., R. [...] y Zorrilla Martínez, P. G., *Liber ad Honorem Sergio García Ramírez* (pp. 115-140). UNAM.
- Becerra, M. (2004). *La propiedad industrial en transformación*. Porrúa.
- Caballero, J. L. (2011). La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (Artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución). *Jurídica, Anuario de del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, (41), pp. 165-188
- Cerutti, M. (2019). Trigo y revolución verde en el noroeste de México (1930-1970). *Mundo Agrario*, 20(30), e103. <https://doi.org/10.24215/15155994e103>.
- Cilia, G., Aradillas, C. y Díaz, F. (2015). Las plantas comestibles de una comunidad indígena de la Huasteca Potosina, San Luis Potosí. *Entreciencias*, 3(3), 143-152.
- Coll, A. y Godínez, M. L. (2003). *La agricultura en México: un atlas en blanco y negro*. Instituto de Investigaciones Geográficas, UNAM.
- Cordera, R. y Tello, C. (2010). *La disputa por la Nación*. Siglo XXI.
- Correa, C. M. (2001). El Convenio UPOV 1991. Una perspectiva latinoamericana. *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*, (5), 141-167.
- Elena, J. M. (1998). Situación actual de la normativa legal en Europa y América. En Nuez, F. (Coord.), *Los Derechos de Propiedad de las Obtenciones Vegetales* (pp. 75-100). Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Trotta.
- Gattari, C. y Durante, M. (1997). Comentarios a la ley Federal de Variedades Vegetales de los Estados Unidos Mexicanos. *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*, (2), 299-316.
- Greengrass, B. (1987). UPOV and the Protection of plant Breeders, Past Developments, Future Perspectives. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 20(5), 622-636.
- Greengrass, B. (1991). The 1991 Act of the UPOV Convention. *European Intellectual Property Review*, 13(12), 466-472.
- Herrera, P. (2016). Protección de variedades vegetales en México. En Roque, E. y Contreras, R. (Coords.), *Temas especializados para la protección de la propiedad intelectual* (pp. 51-68). Universidad de Guadalajara. <http://www.publicaciones.cucsh.udg.mx/kiosko/2016/proteccion-de-la-propiedad-intelectual.pdf>.

- Holtmann, M. (2000). La propiedad intelectual sobre las plantas después de la Ley 3/2000 de obtenciones vegetales. *Actualidad Civil*, (39), 1441-1452.
- Llewelyn, M. (1997). The legal protection of Biotechnological Inventions. *European Intellectual Property Review*, 18(3), 119-127.
- López, F. (2016). *Análisis de los instrumentos y vacíos jurídicos para reconocer y aplicar normas, protocolos y procedimientos comunitarios*. Conabio-GIZ.
- Melgar, M. (2005). *Biología y Propiedad Intelectual: un enfoque integrado desde el Derecho Internacional*. UNAM.
- Miranda, A. J. y Navarro, P. (2014). El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano. *Opinión Jurídica*, 13(26), 69-80. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/956>.
- Núñez, I., González, E. y Barahona, A. (2003). La biodiversidad: historia y contexto de un concepto. *Interciencia*, 28(7), 387-393.
- Pichardo, B. (2006). La revolución verde en México. *Agraria*, (4), 40-68. <https://doi.org/10.11606/issn.1808-1150.v0i4p40-68>.
- Puyana, A. y Romero, J. (2009). *México. De la crisis de la deuda al estancamiento económico*. El Colegio de México.
- Quintero, G. (2018). El principio pro persona, la fórmula del mejor derecho. *Cuestiones Constitucionales*, (39), 201-228.
- Rangel, H. (2015). Las invenciones que involucran materia viva en el derecho de patentes mexicano. En Michaus, M. y Caballero, J. L. (Coords.), *Estudios de derecho de autor y propiedad industrial* (pp. 255-297). Porrúa.
- Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. <https://dpej.rae.es/>.
- Roth, B. (1987). Current Problems in the Protection of Inventions in the Field of Plant Biotechnology- A position paper. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 18(1), 41-55.
- Sánchez Gil, O. (1996). La ley española de protección de obtenciones vegetales, a la luz de la última reforma del Convenio UPOV de 19 de marzo de 1991. *Actas de Derecho Industrial y de Derecho de Autor*, (XVII), 219-259.
- Straus, J. (1987). The Relationship Between Plant Variety Protection and Patent Protection for Biotechnological Inventions from International View Point. *Review of Intellectual Property and Competition Law*, 18(6), 723-737.
- Van Wijk, A. (2003). Aplicación de la protección de las variedades vegetales. *Seminario OMPI-UPOV sobre los Derechos de Propiedad Intelectual en el Ámbito de la biotecnología*. Ginebra, Suiza, 24 de octubre de 2003.
- Verma, S. (1995). TRIPS and Plant Variety Protection in developing countries. *European Intellectual Property Review*, 16(6), 281-289.
- Warman, A. (2001). *El campo mexicano en el siglo XX*. Fondo de la Cultura Económica
- Yúnez, A. (2010). Las transformaciones del campo y el papel de las políticas públicas: 1929-2008. En Kuntz, S. (Coord.), *Historia económica general de México* (pp. 729-755). El Colegio de México, Secretaría de Economía.

Legislación citada

Acta de 1961 del Convenio de la Unión Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales, 2 de diciembre de 1961.

Acta de 1978 del Convenio de la Unión Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales, 23 de octubre de 1978.

Acta de 1991 del Convenio de la Unión Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales, 19 de marzo de 1991.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convenio de la Diversidad Biológica de 5 de junio de 1992.

Directiva 98/44 sobre Inventiones Biotecnológicas de 6 de julio de 1998.

Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, DOF 01/07/2020.

Ley Federal de Variedades Vegetales, DOF 09/04/12.

NOM-001-SAG/FITO-2013, DOF 30/05/2014.

Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica de 29 de octubre de 2010.

Reglamento de la Ley Federal de Variedades Vegetales, DOF 24/09/1998.

Tratado de Libre Comercio para América del Norte, 17 de diciembre de 1992.

Tratado México Estados Unidos y Canadá, 30 de noviembre de 2018.

El secreto comercial *made in Paraguay*: los alcances y límites en el derecho laboral y en el derecho penal

* * * *

Pedro Lacasa

Universidad Nacional de Asunción

pedrolacasagonzalez@gmail.com

Recibido: 16 de mayo de 2022

Aceptado: 20 de mayo de 2022

Resumen

En el derecho paraguayo no existe una norma “madre” que regule la “información confidencial” que debería ser mantenida “en secreto”. Lo que sí existe son varias disposiciones que regulan la “información confidencial” que debería ser mantenida “bajo reserva”. Estas diversas disposiciones normativas provienen de varias áreas del derecho, como el civil, el laboral, el penal, el administrativo, etc. Incluso, en el derecho paraguayo se conocen varios *niveles* de “secreto”, a saber: “profesional”, “industrial”, “de fábrica”, “empresarial”, “comercial”, “asunto de carácter reservado”, etc. A pesar de que el parecido terminológico parecería sugerir una única (o al menos una parecida) protección jurídica, estos “niveles” del secreto, de hecho, varían en el *alcance y la calidad de protección legal* que reciben.

En el presente trabajo se estudiará el “secreto” desde el punto de vista del derecho laboral y del derecho penal, considerando los principios generales del derecho y las reglas del derecho civil y del administrativo, con el objetivo de precisar el alcance de las normas laborales y penales que protegen al secreto. Dado que “secreto comercial” a veces no es exactamente lo mismo que “secreto profesional” u otro, también se resaltaré este detalle a fin de analizar correctamente el derecho laboral y el penal en este aspecto.

Palabras clave: secreto comercial, secreto profesional, derecho penal, derecho laboral.

Trade Secret *Made in Paraguay*: the Scope on Labour and Criminal Law

Abstract

In Paraguayan Law there is not a *single* norm which regulates the *confidential information* that should be kept “*in secret*”. Instead, there are several regulations on the “*confidential information*” that should be kept “*in secret*”. Moreover, these different regulations come from different areas of the legal arena, as the Civil Law, Labor Law, Criminal Law and Public Law. Furthermore, in Paraguayan Law there are known several “levels” of secrecy, namely, “professional secrecy”, “industrial secrecy”, “business secret”, “trade secrets”, “classified matters”, etc. Even though these names suggest a unique or at least a similar protection. But in fact, these “levels” of *secrecy* differ in its legal protection, namely in its scope as in its quality. In this work the “*legal secrecy obligation*” will be analyzed from both the Labor Law and Criminal Law points of view, taking in consideration the ‘General Principles of Law’ and the rules of other legal areas like Civil Law or Public Law, aiming the proper reach of the labor and criminal regulations on the “legal secrecy obligation (considering the fact that “trade secrets” sometimes are not the same as “professional secrecy” and so on).

Key words: trade secrets, professional secrecy, criminal law, labor law.

O Sigilo Comercial *made in Paraguay*: alcance e limites no Direito do Trabalho e no Direito Penal

Resumo

Na lei paraguaia não existe *uma* regra essencial que regule “informações confidenciais” que devem ser mantidas “secretas”. O que existe são várias regras que regulam “informações confidenciais” que devem ser mantidas “secretas”. Estas diversas disposições provêm de várias áreas do Direito, como o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito Penal, o Direito Administrativo, etc. Mesmo no direito paraguaio, vários níveis de “segredo” são conhecidos, a saber, “sigilo profissional”, “segredo industrial”, “sigilo comercial”, “matéria reservada” etc. Embora a semelhança terminológica possa parecer sugerir uma proteção legal única (ou pelo menos semelhante), esses “níveis” de sigilo variam no escopo e na qualidade da proteção legal que recebem.

No presente trabalho o “segredo” será estudado sob a ótica do Direito do Trabalho e do Direito Penal, considerando os princípios gerais do direito e as normas do Direito Civil e do Direito Administrativo, com o objetivo de especificar o alcance das normas laborais e leis criminais que protegem o sigilo (dado que “segredo comercial” às vezes não é exatamente o mesmo que “segredo profissional” ou ou-

tro, esse detalhe também será destacado para analisar corretamente o Direito do Trabalho e o Direito Penal a esse respeito).

Palabras-chave: sigilo comercial, sigilo profissional, direito penal, direito do trabalho.

1. Introducción

Es muy común en el ámbito corporativo escuchar hablar de “información confidencial”, así como es muy común en el ámbito comercial (y no necesariamente muy corporativo) escuchar el término *know-how*. En el ámbito penal¹ se habla de “secreto de carácter privado”; en el ámbito laboral,² de “secretos industriales” o “secretos de fábrica y hasta de “asuntos de carácter reservado”.³

La receta de Coca-Cola, la salsa secreta de Kentucky Fried Chicken o el algoritmo de Google son apenas unos ejemplos de los secretos comerciales y su valor inconmensurable en el mundo globalizado del siglo XXI.

No cabe duda de la protección jurídica de los secretos comerciales. El tráfico comercial depende de esta protección jurídica. Pero la amplitud de protección del secreto comercial varía en precisión y jerarquía: la protección puede derivar de normas constitucionales,⁴

1 Código Penal, artículo 147.

2 Código Laboral, artículo 81, inciso h).

3 Nótese cómo la terminología varía sustancialmente; en los términos “secreto industrial” y “secreto de fábrica” existen dos nociones en común: i) tiene que tratarse de un “secreto”; y ii) tiene que guardar estricta relación con el objeto de la industria de la empresa o debe tener relación con lo fabricado por la empresa. Sin embargo, “asuntos de carácter reservado” ya contiene una noción mucho más amplia de la información que debería ser celosamente resguardada por el trabajador. Ya no se trata aquí de un secreto que *necesariamente* tiene que ver en forma directa con el producto fabricado/comercializado/procesado por la empresa, si no que se trata de cualquier asunto cuyo conocimiento constituye información privilegiada para el trabajador y cuya divulgación podría incidir o afectar el giro normal de la empresa en donde trabaja.

4 Muchas veces redactadas en lenguaje sumamente abstracto y de forma tan general que termina siendo “letra muerta” para los operadores comerciales y las cortes. Esto ocurre en el caso de Paraguay, por ejemplo, con respecto a varias disposiciones de orden “constitucional” que por no tener una ley que reglamente dicha disposición nunca llegaron a materializarse. El ejemplo más

de normas provenientes de tratados internacionales y finalmente de disposiciones de leyes estatales ordinarias (ver apartado 3).

No obstante, la noción que tiene cada “derecho” de lo que es “secreto comercial” o de “secreto de carácter privado” o “secreto industrial” varía de una rama jurídica a otra. Es más, aun en el caso de que haya 100% de coincidencia entre la noción de una materia de derecho determinada (por ejemplo, el derecho penal) con otra (por ejemplo, los derechos intelectuales o el derecho laboral), dicha noción sería un concepto de derecho nacional y estaría sujeto a las variaciones y diferencias (a veces sustanciales) de los derechos de otros Estados soberanos. Sin embargo, una aproximación de la noción paraguaya de “secreto comercial” considerando la normativa nacional e internacional sería prudente (ver apartado 2).

Debido a la multiplicidad de derechos involucrados (penal, administrativo, laboral, internacional, comercial, constitucional, etc.) es recomendable estudiar esta problemática desde una perspectiva multidisciplinaria.

2. Qué es el secreto comercial

Tratar de delimitar el significado jurídico de lo que debe entenderse por “secreto comercial” es una tarea compleja, principalmente por dos razones. La primera es que a veces no hay armonía entre las nociones de “secreto” de las materias jurídicas (*ratione materiae*) de un mismo derecho estatal (en este caso, el derecho paraguayo) (ver apartado 2.2). La segunda obedece a que, en el derecho comparado, algunas definiciones e institutos jurídicos varían de Estado a Estado, razón del florecimiento del derecho trasnacional para apuntar a cierta uniformidad en los derechos del mundo. Esto es, la diferencia en el derecho comparado es notable, pero se han realizado numerosos esfuerzos de armonización del derecho sustantivo a través de personas u organizaciones internacionales o incluso a través de tratados internacionales.

Sin duda, una de las organizaciones internacionales con más

concreto es el artículo 38 de la Constitución, que consagra la defensa de los intereses difusos y establece la posibilidad de demandas colectivas.

influencia en la armonización de los secretos comerciales ha sido la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (ver apartado 2.1).

2.1. El secreto comercial en el derecho internacional

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (s.f.) define “secreto comercial” como “los derechos de Propiedad Intelectual sobre información confidencial que pueden ser vendidos o concedidos en licencia”.⁵

Pese a que el secreto comercial no tiene definición legal en varias jurisdicciones –lo cual se puede observar en el derecho comparado–,⁶ la OMPI, entre otros, lo considera como un derecho de propiedad intelectual. Su equivalente en inglés sería el *trade secret*.

Para que una información sea considerada como “secreto comercial” debe ser (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI] (s.f.):

1. Valiosa desde el punto de vista comercial, puesto que es secreta.
2. Conocida únicamente por un limitado número de personas.
3. Objeto de medidas razonables para ser mantenida en secreto por parte de las personas que legítimamente controlan dicha información, incluido el uso de acuerdos de confidencialidad⁷ (NDA, por *non-disclosure agreement* en inglés) entre los socios, asociados y empleados de una empresa.

Pero luego llega la definición de la OMPI, que expresa:⁸ “La adquisición, utilización o divulgación no autorizada de esa informa-

5 Definición en la web oficial de la OMPI.

6 Como es el caso de varios Estados europeos, como Francia. Ver Fidealis (s.f.).

7 La violación de acuerdos de confidencialidad independientes o de cláusulas de confidencialidad que involucren, por ejemplo, la divulgación no autorizada de secretos comerciales o empresariales está sujeta a una acción *contractual* en oposición a una divulgación no autorizada con base en una relación jurídica contractual, pero sin “obligación de confidencialidad *expresamente* estipulada”; también podría darse un hipotético y extraordinario caso de violación del secreto con base en una relación jurídica *puramente extracontractual*.

8 Definición en la web oficial de la OMPI.

ción secreta de manera contraria a los usos comerciales honestos por otras personas se considera una práctica desleal y una violación de la protección del secreto comercial”.

De esta manera, la propia OMPI se encargó de establecer dos puntos:

1. Que la violación al respeto del secreto comercial es una práctica desleal.
2. Que toda adquisición, utilización o divulgación *no autorizada*⁹ de esa información de forma contraria a los “usos comerciales honestos” es una violación a la protección del secreto comercial, *id est*, es una violación a un derecho de propiedad intelectual.

La definición determinante de la OMPI podría resultar acertada, pero el secreto comercial no solamente tiene que ver con la propiedad intelectual, por ende, la protección del secreto comercial no está únicamente dispuesta en normas nacionales o internacionales de propiedad intelectual y tampoco debería limitarse a ese ámbito únicamente: el secreto comercial va más allá de las distintas esferas del derecho y su protección va más allá de las normas de *propiedad intelectual*.

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (APDIC), concluido en el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), que se basa en los sistemas multilaterales existentes para la protección de diversos derechos de propiedad intelectual, prefiere la nomenclatura de “información no divulgada” y establece en su artículo 39:

1. Al garantizar una protección eficaz contra la competencia desleal, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 bis del Convenio de París (1967), los Miembros protegerán la información no

9 Se hace hincapié en la terminología de *no autorizada*. ¿Qué pasaría si se realizara una adquisición/utilización/divulgación de información secreta de forma manifiestamente contraria a los “usos comerciales honestos”, pero de forma autorizada? ¿Se trataría de una violación al “secreto comercial” o la “no autorización” es un requisito *sine qua non*?

divulgada de conformidad con el párrafo 2, y los datos que se hayan sometido a los gobiernos o a organismos oficiales, de conformidad con el párrafo 3.

2. Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida en que dicha información:

A) Sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y

B) Tenga un valor comercial por ser secreta; y

C) Haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla

3. Los Miembros, cuando exijan, como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán esos datos contra todo uso comercial desleal. Además, los Miembros protegerán esos datos contra toda divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal

En primer lugar, hay que destacar que la definición del Acuerdo sobre los APDIC de “información no divulgada” (lo que se podría entender como *secreto comercial*) difiere substancialmente de la definición de “secreto de carácter privado” del derecho penal paraguayo. Además, exige que *el secreto* tenga un *valor comercial* para ser protegido, en cambio, el Código Penal paraguayo no contiene esta exigencia, como se verá más adelante.

En segundo lugar, si bien el Acuerdo sobre los APDIC es un tratado internacional¹⁰ celebrado bajo el patrocinio de la OMC, no tie-

10 Ver las acepciones de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de

ne una manera eficaz de proteger dicha información no divulgada. La protección judicial de la información no divulgada consagrada por el Acuerdo sobre los APDIC cae en la actividad jurisdiccional del Estado contratante del Acuerdo, es decir, la protección judicial del secreto comercial de los APDIC es monopolio exclusivo del Poder Judicial nacional de los Estados contratantes. Como no existe un organismo que tenga jurisdicción internacional o competencia universal sobre los casos de vulneración de un secreto comercial protegido por el Acuerdo, estos recaen exclusivamente en las jurisdicciones estatales del Estado contratante pertinente.

En el caso de Paraguay, la protección judicial del secreto comercial es una responsabilidad exclusiva del Poder Judicial y sus cortes. Sin embargo, la mayoría de los poderes judiciales del mundo (y principalmente de América Latina) actúan bajo el *principio de legalidad*, hilo conductor de todas las actuaciones de los órganos jurisdiccionales estatales en tanto agentes oficiales del Estado al que representan (Villagra Maffiodo, 2011). En este sentido, responden con mayor ímpetu y efectividad a lo que dicta una norma local que a lo dispuesto en forma abstracta¹¹ en una norma internacional en fiel seguimiento al principio *tu patere legem quam ipse fecisti* (soporta la ley que tú mismo has dictado), pináculo del Estado de derecho (Seiller, 2016).

En tercer lugar, la ausencia de una norma jurídica en la ley penal o laboral de Paraguay que sancione vulneraciones al secreto comercial constituiría una violación del Estado a lo dispuesto en el artículo 41 (1) del Acuerdo sobre los APDIC:

Los Miembros se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual conforme a lo previsto en la presente Parte que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se

los Tratados (UN Doc A/CONF.39/27).

11 El término “abstracta” se refiere a una norma jurídica que obliga a una conducta (e.g., la protección judicial del secreto), pero que no especifica el órgano administrativo o jurisdiccional encargado de ejecutar dicha obligación; tampoco impone sanciones específicas en caso de violación a la conducta ordenada.

refiere el presente Acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones. Estos procedimientos se aplicarán de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberán prever salvaguardias contra su abuso.

Muchos Estados contratantes evidencian una ausencia legislativa en cuanto a la protección judicial del secreto comercial (y varios son latinoamericanos). Algunos consideran que la simple subsunción de una violación al secreto comercial en las normas clásicas de responsabilidad civil del derecho privado es suficiente, interpretando de forma antojadiza el artículo 45 del Acuerdo sobre los ADPIC.

Sin embargo, la función resarcitoria de la responsabilidad civil en este caso tendría un efecto reparador y no un efecto preventivo, que es lo apuntado por el Acuerdo sobre los APDIC.¹²

En cuarto lugar, al no haber un marco normativo exclusivamente dedicado a la protección legal de los derechos de propiedad intelectual protegidos bajo el espectro del secreto comercial, tampoco existiría un marco procesal al alcance de los titulares de derechos ante la sede jurisdiccional para lograr la observancia de todos los derechos que deberían ser protegidos en el espectro de un secreto comercial.

En realidad, el Acuerdo sobre los APDIC tiene un fuerte elemento de comercio internacional (fue celebrado bajo patrocinio de la OMC y no de la OMPI) y sus normas contemplan con bastante precisión las actividades de importación de productos y su impacto legal en el foro (ver artículos 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 60).

En lo que respecta al secreto comercial, se puede afirmar que la protección normativa brindada por el artículo 39 del Acuerdo sobre los APDIC no se ha trasladado al derecho penal ni al derecho laboral paraguayo.

Lo anterior podría ser obligación directa del Estado paraguayo en tanto Estado contratante o consecuencia de la cualidad abstracta y poco precisa del artículo 39 del Acuerdo sobre los APDIC con el resto de sus disposiciones.

12 Énfasis en el penúltimo párrafo del artículo 41 (1) del Acuerdo sobre los APDIC.

Un claro ejemplo de esto lo constituye el artículo 61, que ordena el establecimiento de procedimientos y sanciones penales para los casos de: i) falsificación dolosa de marcas de fábrica; y ii) piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial, ignorando la protección del secreto comercial consagrado en el artículo 39 del mismo texto.

2.2. El secreto comercial en el derecho paraguayo (énfasis en el derecho laboral y en el derecho penal)

Se empezará aclarando que no existe una sana armonía ni una coordinación cien por ciento efectiva entre las distintas denominaciones de “secreto” provenientes de las distintas áreas del derecho paraguayo. Por ende, tampoco existe una denominación única de *secreto*. Algunos conocen sobre *secreto profesional*, otros sobre *secreto industrial* y hasta sobre *asuntos de carácter reservado*, y así sucesivamente.

Para dar un ejemplo, la Ley 3283/2007 “De protección de la información no divulgada y datos de prueba para los registros farmacéuticos” conoce sobre *información no divulgada*, al igual que la Ley 3519/2008 “De protección de los datos de prueba solicitados por la Autoridad Sanitaria para la aprobación de productos fitosanitarios”.

Sin embargo, ambas leyes se circunscriben a un *ámbito extremadamente reducido*, que es el ámbito administrativo (procedimientos ante la autoridad sanitaria, que en Paraguay es el Ministerio de Salud Pública) relativo al registro de productos farmacéuticos y a la aprobación de productos fitosanitarios, respectivamente. Por ende, dichas leyes no tienen impacto directo en el concepto de “secreto” en el ámbito laboral ni penal.

No existe en la actualidad un instituto jurídico lo suficientemente amplio y apropiado que englobe a todos los secretos. Entonces, lo que ocurre es que un secreto tiene alcances y protecciones que pueden ser distintas a otro secreto.

Para dar un ejemplo, el secreto profesional del Código Penal paraguayo podría tener alcances y niveles de protección distintos a los secretos laborales del Código del Trabajo (el secreto profesional del Código Penal implica a un profesional; en cambio, el secreto

de invención,¹³ los secretos técnicos o comerciales¹⁴ y los secretos industriales o de fábrica¹⁵ necesariamente implican una *fábrica o establecimiento industrial, en suma, un lugar de trabajo en relación de dependencia*, no necesariamente necesitan a un profesional).

Así, para el derecho laboral, el secreto comercial es un *deber del trabajador*, al igual que la abstención de comisión de actos inmorales en el lugar de trabajo¹⁶ o de actos de violencia.¹⁷ Es una carga laboral para el trabajador en virtud de la ley, una obligación legal, si se quiere.

Para el derecho penal, mantener en prudente reserva un secreto industrial o empresarial (que puede también resultar un secreto de índole comercial) es una obligación legal para *determinadas personas*¹⁸ que tengan acceso a dicho secreto y su violación constituye un *hecho punible* debidamente tipificado en el artículo 147 del Código Penal paraguayo. Este Código ya no limita a la violación al secreto como una violación a un deber laboral, es decir, para la ley penal, no importa si existe una *relación de dependencia* oriunda del derecho laboral, del derecho administrativo (ver artículo 148 del Código Penal)¹⁹ o si existe una relación puramente de derecho civil (relación contractual de prestación de servicios): si hay violación al secreto industrial o empresarial, hay hecho punible, siempre y cuando la conducta de “guardar el secreto industrial o empresarial” esté ordenada por una ley o *en base a una ley*

Pero es en este punto de análisis cuando el derecho penal paraguayo se desnuda y encuentra expuestas sus particularidades.

13 Ley 213/1993, Código Laboral, artículo 34 (con respecto a las patentes de invención).

14 Ley 213/1993, Código Laboral, artículo 65, inciso k.

15 Ley 213/1993, Código Laboral, artículo 81, inciso h.

16 Ley 213/1993, Código Laboral, artículo 81, inciso g.

17 Ley 213/1993, Código Laboral, artículo 81, incisos c y d.

18 El Código Penal menciona específicamente al médico, dentista, farmacéutico, abogado, notario, defensor en causas penales (que vendría a ser lo mismo que abogado, según el entendimiento del autor, a menos que se sostenga que dicha frase abstracta abarca a otras profesiones), auditor o asesor de Hacienda y a los ayudantes profesionales de los mencionados anteriormente o persona formándose con ellos en la profesión.

19 “Revelación de secretos privados por funcionarios o personas con obligación especial”.

3. La protección del derecho penal y del derecho laboral

Ya se sabe que el secreto comercial no ostenta una definición ni interpretación cien por ciento uniforme de un Estado a otro. Ni siquiera los Estados miembros de la misma organización regional de integración o que se encuentran en vías de integración (como el Mercosur) coinciden, todos y en un 100%, en las nociones de “secreto comercial”.

En el caso de Paraguay, hablar de “secreto comercial” se dificulta no tanto por su falta de uniformidad en el derecho comparado, sino por la falta de coordinación entre los distintos “derechos” nacionales que conllevan a más preguntas que respuestas en lo que concierne al alcance y protección del “secreto comercial”. Pero la multiplicidad de nociones jurídicas que versan sobre la misma cuestión o sobre cuestiones parecidas es un fenómeno que ocurre en otros Estados fuera de Paraguay.

Al ser una protección de derechos de propiedad, la vulneración del “secreto comercial” podría generar responsabilidad civil, administrativa, laboral y penal.

Se comenzará con la responsabilidad laboral (ver apartado 3.1) para luego pasar a estudiar la responsabilidad penal (ver apartado 3.2).

3.1. El derecho laboral

Si bien no se contempla explícitamente con el nombre “secreto comercial”, el Código Laboral en su artículo 81, inciso h) “castiga” la violación de *todo secreto industrial o de fábrica* e incluso la revelación de *asuntos de carácter reservado* que el trabajador podría llegar a conocer debido a su conducta en perjuicio de la empresa. Ese “castigo” viene en la forma de *causal de despido justificado*.

Al respecto del artículo 81, inciso h), es menester realizar las siguientes aclaraciones:

1. La causal implica una relación de dependencia, en consideración de lo dispuesto en el artículo 19 del Código Laboral paraguayo.
2. No exige “dolo” ni otro elemento de *intención* de perjudicar a otro. La sola existencia del daño (o del “*perjuicio de la empresa*”) bastará para gatillar la causal de despido justificado.

3. Se limita a los secretos que el trabajador pudo haber conocido o tener acceso *en razón de sus funciones en la empresa*.

4. La frase *en perjuicio de la empresa* parece significar un daño *real, certero y efectivo*. La *posibilidad* del perjuicio de la empresa parece no bastar para constituir una causal de despido justificado a la luz del artículo 81. De lo contrario, se contemplaría también la tentativa, pero no fue así.

3.2. El secreto y el derecho penal

Parecería que la protección que le da el derecho civil o el derecho laboral al “secreto comercial” debería estar en armonía con el derecho penal, al menos si todos esos “derechos” pertenecen al mismo ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la protección “penal” del Código Penal de 1997 se tornaría un tanto ineficaz para resguardar debidamente al secreto comercial, industrial o empresarial.

Pero ¿por qué podría resultar estéril? Pues porque el artículo 147 reza:

1° El que revelara un secreto ajeno:

1. Llegado a su conocimiento en su actuación como

a. médico, dentista o farmacéutico;

b. abogado, notario o escribano público, defensor en causas penales, auditor o asesor de Hacienda;

c. ayudante profesional de los mencionados anteriormente o persona formándose con ellos en la profesión, o

2. **Respecto del cual le incumbe por ley o en base a una ley una obligación de guardar silencio,**²⁰

será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa.

2° La misma pena se aplicará a quien divulgue un secreto que haya logrado por herencia de una persona obligada conforme al inciso anterior.

3° Cuando el secreto sea de carácter industrial o empresarial, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta tres años.

20 Las negritas me pertenecen.

Será castigada también la tentativa.

4° La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima. Se aplicará lo dispuesto en el artículo 144, inciso 5°, última parte.

5° Como secreto se entenderá cualquier hecho, dato o conocimiento:

1. de acceso restringido cuya divulgación a terceros lesionaría, por sus consecuencias nocivas, intereses legítimos del interesado; o

2. respecto de los cuales por ley o en base a una ley, debe guardarse silencio²¹

Al respecto, se pueden deducir las siguientes conjeturas jurídicas:

1. El Código Penal hace una innecesaria tipificación cuando cita algunas profesiones como “médico, dentista, asesor de Hacienda”, olvidando las profesiones más relevantes en la actualidad para la conservación de secretos industriales o empresariales, como “químicos, ingenieros, científicos, profesionales financieros, etc.”. Esto automáticamente hace que las profesiones de médico, dentista, farmacéutico, abogado, notario, escribano público, defensor en causas penales, auditor y asesor de Hacienda estén obligadas *ipso iure* a guardar secreto profesional de sus actuaciones. Es decir, no es necesaria la remisión a otra ley que establezca en forma *expresa* el deber de guardar secreto; el Código Penal, bastándose a sí mismo, ya obliga a dichas profesiones a guardar el secreto profesional, condenando la violación a este.

2. Las profesiones o actividades que no estén dentro de las enunciadas taxativamente por el Código Penal parecen *necesitar de otra ley* que en forma expresa e inequívoca ordene el deber de guardar silencio, so pena de incurrir en un hecho punible. Esto se conoce como “reenvío de las leyes”, que ocurre cuando *un texto legislativo (la llamada norma de remisión) se refiere a otro de forma tal que su contenido deba considerarse como parte de la normativa que incluye la norma de remisión* (Carbonell, 1997). En el presente caso, se trata de un reenvío externo de ley (i.e., cuando la ley se remite a preceptos que se encuentran en una norma distinta de la *ley de remisión*). En virtud del principio de legalidad material, imperante en el derecho penal, se entiende, *a priori*, que el reenvío externo es una *remisión legislativa*. Este es el caso del deber de secreto bancario, cuya violación no está

21 Las negritas me pertenecen.

expresamente mencionada en la ley penal, sino que se remite a través de la frase “[...] respecto de los cuales por ley o en base a una ley, debe guardarse silencio” a lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 861/1996 “General de Bancos, Financieras y otras entidades de crédito”, en la que sí está prevista la obligación de guardar secreto de parte de las entidades del sistema financiero sobre las operaciones con sus clientes.

3. Pero también se podría interpretar que el “reenvío externo” del artículo 147 del Código Penal es en verdad una *remisión normativa* y no únicamente una *remisión legislativa*. Esta interpretación podría derivar en una conjetura jurídica más irregular aún: las profesiones o actividades que no estén dentro de las enunciadas taxativamente (como los químicos, los ingenieros, los científicos, los economistas, los sociólogos, los informáticos, los desarrolladores de páginas web o de plataformas digitales, como aplicaciones para *smartphones*, o incluso los desarrolladores de videojuegos, los financieros y un larguísimo etcétera) pueden basar su “protección” al secreto industrial o empresarial, *con base en una norma jurídica*. Esto es altamente peligroso para el principio de legalidad del derecho penal. Se podría argüir que la frase “en base a una ley” presente en el artículo 147 parece sugerir que no resulta necesaria la presencia de una orden u obligación a guardar el secreto en una ley; basta con que la obligación a guardar el secreto figure en una norma jurídica de inferior jerarquía, como los decretos del Poder Ejecutivo, las resoluciones ministeriales o las resoluciones u ordenanzas municipales, siempre y cuando estén “en base a una ley”. Obligar al cumplimiento de disposiciones presentes en normas de inferior jerarquía so pena de constituir un hecho punible por el simple hecho de “estar en base a una ley” podría significar que cualquier omisión u olvido de una ley podrán ser “corregidos” o “subsanaos” luego en una norma de inferior jerarquía, incluso las normas de índole penal.

a. Se ha escrito todo un río de tinta al respecto, pues existen disposiciones jurídicas relativas a la “obligación de guardar silencio o de no revelar secretos” *en normas de inferior jerarquía* dentro del derecho paraguayo, como es el caso de los artículos 9, 13 y 73 del Decreto 14135/1996 “Por el cual se aprueba las normas reglamentarias de la ley N° 624/95 “De telecomunicaciones”.

4. El tipo penal de “revelación de un secreto de carácter privado” del artículo 147 del Código Penal parece exigir una acumulación de por lo menos dos condiciones, a saber:

- a. Revelar efectivamente un secreto ajeno llegado a conocimiento del agente.
- b. Que dicho secreto haya llegado a conocimiento del agente siempre que haya actuado como un médico, dentista, farmacéutico, abogado, notario, escribano público, defensor en causas penales, auditor o asesor de Hacienda (y también si se trata de ayudante profesional de los anteriores o persona formándose con los anteriores en la misma profesión de los anteriores) de la persona física o jurídica de la cual pertenece un secreto o cuya divulgación lesionaría a esa persona física o jurídica.
- c. Si dicho agente revelador del secreto de carácter privado no actuó dentro de alguna de las profesiones citadas sino que lo hizo como otra cosa, dicho artículo 147 exige que una ley, o quizás otra norma jurídica “en base a una ley”,²² establezca la obligación de guardar silencio. La disyuntiva “o” presente en el artículo 147 no deja lugar a dudas: a los primeros se les impone una obligación *ipso iure*, a los últimos se les impone un reenvío a otra norma jurídica. *A contrario sensu*, si esa ley u otra no establecen dicha obligación (o si ninguna norma jurídica de inferior jerarquía establece dicha obligación), no se cumple con el *requisito exigido por el artículo 147 de la presencia de la obligación en una ley* (o norma de inferior jerarquía) y, por lo

22 El principio de legalidad material presente de manera sistemática en la materia penal y la interpretación *in extenso* de las normas penales del derecho paraguayo obligan a desechar esta interpretación, eligiendo la interpretación “restringida” y optando por entender que la intención del legislador al sancionar el Código Penal fue siempre el de efectuar un “reenvío externo” *puramente legislativo* y no un “reenvío normativo”. En suma, el autor entiende que siempre el tipo penal se basa únicamente en una ley y no en otra clase de textos jurídicos de inferior jerarquía. La redacción del artículo 147, núm. 2 del Código Penal resulta superflua y un tanto confusa: “Respecto del cual le incumbe por ley o en base a una ley...” no es la redacción más feliz. Si la obligación de guardar un secreto incumbe a un sujeto, es *porque le incumbe por ley*, explícita o tácitamente. El resto de la frase, que podría ser prescindida sin muchos problemas, es el que da lugar a confusiones innecesarias.

tanto, no existirá hecho punible. El artículo 147 exige la existencia de un “deber legal” (que por cierto deberá ser preexistente al hecho) en otra ley que no sea el Código Penal. Es más, tal y como fue expresado más arriba, podría interpretarse que el artículo 147 exige incluso la existencia de un simple “deber normativo” (aquí ya no se trata de un deber legal *stricto sensu*)²³ en cualquier norma jurídica que “esté en base” a una ley; por supuesto, esta ley no necesariamente es o tiene que ser el Código Penal. No obstante, siendo el Código Penal “un texto legal que define los delitos y las faltas, sus correspondientes penas y las responsabilidades de ello derivadas” (Real Academia Española, s.f.),²⁴ resulta dudoso que el propio Código Penal tenga que hacer una remisión a lo que dicta otra norma jurídica de inferior jerarquía.

Se recuerda que el artículo 1 del Código Penal reza:

Principio de Legalidad.

Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción

Parte de la doctrina de derecho público de Francia, precisamente sobre este punto, ha declarado: “Le principe de légalité, mettant progressivement en œuvre les règles constitutionnelles qui découlent de la Déclaration de droits de l’homme, ne s’est imposé que petit à petit”²⁵ (Frier y Petit, 2015, p. 27).

Asimismo, la doctrina paraguaya en derecho penal ha afirmado que:

El Principio de legalidad es también denominado “Principio de la reserva legal”, pues corresponde exclusivamente a la ley penal ti-

23 Que también deberá ser preexistente al hecho.

24 Ver la entrada “código penal” en: <https://dle.rae.es/c%C3%B3digo>.

25 “El principio de legalidad, que ha introducido progresivamente las reglas constitucionales que emanan de la Declaración de Derechos Humanos se ha impuesto poco a poco” (traducción propia).

pificar los hechos punibles y las consecuencias jurídicas que ellos generan. (González Macchi, 2008, p. 43)

Además, es menester recalcar la aclaración de que la “divulgación de un secreto industrial o empresarial” en virtud del Código Penal no es lo mismo que la “divulgación de un secreto industrial o de fábrica o de asuntos reservados” del derecho laboral ni puede asimilarse tampoco al *alterum non laedere*²⁶ del derecho civil (siempre íntimamente relacionado con los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* y con las reglas de responsabilidad civil).

La disposición penal paraguaya se aleja sustancialmente del derecho civil en cuanto que el Código Penal exige solamente que la divulgación de un secreto *pueda potencialmente* lesionar intereses legítimos;²⁷ en cambio, el derecho civil exige que haya un daño *efectivo* primero para luego nacer la responsabilidad por dicho daño (es decir, el derecho de la responsabilidad civil en este punto no se interesa por un potencial daño o por una posibilidad de lesión de intereses, solamente le interesa *el efectivo y real* daño).

Además, la ley penal, en el caso de secretos industriales o empresariales, castiga también la tentativa; en cambio, esto es inconcebible en el derecho civil.

El derecho laboral exige, por supuesto, que la violación al secreto industrial, de fábrica o asunto reservado se dé dentro de una relación de dependencia. En cambio, el Código Penal se desinteresa si el secreto revelado se dio dentro de una relación de dependencia del derecho laboral o si se dio dentro de una relación contractual del derecho civil.

El derecho laboral tampoco dice nada respecto a la necesidad de

26 Principio general del derecho que significa “no dañar a otro”.

27 La frase “de acceso restringido cuya divulgación a terceros *lesionaría*, por sus consecuencias nocivas, intereses legítimos del interesado” del artículo 147 no deja lugar a dudas: el verbo “lesionar” se encuentra en el tiempo condicional (esto quiere decir que podría ocurrir una lesión así como no podría) y no en futuro o en subjuntivo (el que lesionara). La ley penal se interesa en sancionar la revelación que *podría* lesionar a alguien, *no se interesa en esperar la efectiva ocurrencia de dicha lesión para recién actuar* sobre la conducta del revelador del secreto (las negritas me pertenecen).

que exista un daño efectivo o de que exista una posibilidad o potencialidad de lesión de intereses legítimos. Simplemente lanza la frase “[...] en perjuicio de la empresa”. Y como no dice nada, podría válidamente entenderse que el daño efectivo sí es un requisito para que exista una causal de despido justificado en virtud del artículo 81 inciso h) del Código Laboral, pues “si se suscitase duda sobre la interpretación o aplicación de las normas de trabajo, prevalecerán las que sean más favorables al trabajador” (artículo 7 del Código Laboral paraguayo).

Prosiguiendo con el derecho penal, y entrando en los umbrales del derecho administrativo, se encuentra el artículo 148 del Código Penal (modificado por la Ley 3440/2008), que reza:

Revelación de secretos privados por funcionarios o personas con obligación especial

1. El que revelara un secreto ajeno llegado a su conocimiento en su actuación como:

1. Funcionario conforme al artículo 14, inciso 1°, numeral 14; o
2. Perito formalmente designado; Será castigado con pena privativa de libertad de hasta 3 años o con multa

2. La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima. Se aplicará lo dispuesto en el artículo 144, inciso 5°, última parte.

Esta disposición, que apunta de manera exclusiva al funcionario público, plantea más dudas que soluciones en cuanto a la obligación de guardar “secreto”.

1. A diferencia de su antecesor –el artículo 147–, el artículo 148 del Código Penal no define, ni atina por lo menos, a brindar una noción más o menos precisa, ni siquiera se interesa por conceptualizar lo que se debería entender por “secreto”:

a. ¿Lo “secreto” es una información cuya divulgación al público podría generar consecuencias perjudiciales contra el sujeto particular interesado en la confidencialidad de dicha información? Nada dice el artículo 148 al respecto, y como en el derecho público rige el principio de legalidad (todo lo que no está expresamente autorizado está

prohibido)²⁸ y el derecho penal es una rama del derecho público y no está bajo el derecho privado²⁹ (en el que todo lo que no está expresamente prohibido está tácitamente permitido), lo debido en justicia sería aplicar el principio general del derecho *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (allí donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos hacerlo) y, por lo tanto, tender a la interpretación de que el requisito de “potencialidad o posibilidad de perjuicio” por la divulgación del secreto no existe en los términos del artículo 148. Dicha interpretación, sin embargo, al no exigir la *posibilidad* del daño, amplía rotundamente el espectro de la responsabilidad penal, ya que el requisito de “posibilidad de un daño” –castigándose incluso la tentativa– no es necesario; incluso, la efectiva lesión de intereses no es exigida por el artículo 148. En cambio, solamente se exige la realización *objetiva* de la acción penalmente perseguida –la divulgación del secreto– sin depender de si dicha revelación causa o no perjuicios. Al crear “sin querer queriendo” una nueva regla de responsabilidad penal en cuanto a la *protección del secreto*, “la responsabilidad *objetiva*” podría ser una imprudencia o un error que no ha sido descubierto en forma. Cabe recordar que el artículo 81, inciso h) del Código Laboral también exige que la revelación del secreto sea “en perjuicio de la empresa”.

b. Tampoco el artículo 148 atina a propiciar una característica de *quién* debe verse afectado por la divulgación de dicho “secreto”. Menos aún indica, al menos someramente, *de quién debería ser o a quién podría pertenecer dicho “secreto”* con fines de establecer la legitimidad de la acción penal privada. Todo esto, sumado a la interpretación de la “responsabilidad penal objetiva” del artículo 148 que se explicó más arriba, podría equivaler a declarar que casi cualquier información puede ser catalogada como “secreto” y la consecuente sanción prevista en

28 “Por lo demás, la ‘legalidad’ exigida para los actos de las autoridades administrativas es más estricta que la ‘licitud’ de los actos jurídicos privados, en el sentido de que para éstos basta que no estén prohibidos, en tanto que para los actos administrativos se requiere que estén autorizados expresa o implícitamente en la ley” (Villagra Maffiodo, 2011, p. 470).

29 En el que rige el principio de permisión, que se “basa en la interdefinibilidad (a través de la negación) de los operadores deónticos ‘prohibido’ y ‘permitido’” (Iturralde Sesma, 1998, pp. 188 y ss.).

el artículo 148 podría utilizarse con fines particulares, desviándose de los fines públicos del derecho penal y del derecho administrativo.

2. La sanción penal prevista para la “revelación de secretos privados por funcionarios o personas con obligación especial” podría generar el efecto de espada de Damocles:³⁰

a. Hay una contradicción normativa entre la disposición de, por ejemplo, el artículo 148 del Código Penal y lo dispuesto en el artículo 286 del Código Procesal Penal paraguayo, que reza:

Obligación de denunciar

Tendrán obligación de denunciar los hechos punibles de acción pública:

1) **los funcionarios y empleados públicos que conozcan el hecho en ejercicio de sus funciones;**

2) los médicos, farmacéuticos, enfermeros, y demás personas que ejerzan cualquier rama de las ciencias médicas, **siempre que conozcan el hecho en el ejercicio de su profesión u oficio y que éste no le haya sido confiado bajo secreto profesional;** y,

3) las personas que por disposición de la ley, de la autoridad, o por algún acto jurídico, tengan a su cargo el manejo, la administración, el cuidado o control de bienes o intereses de una institución, entidad o persona, respecto de los hechos punibles cometidos en perjuicio de éste o de la masa o patrimonio puesto bajo su cargo o control, **siempre que conozcan del hecho por el ejercicio de sus funciones.**

En todos estos casos, la denuncia dejará de ser obligatoria si razonablemente arriesga la persecución penal propia, del cónyuge, conviviente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o por adopción, o segundo de afinidad, o cuando los hechos fueron conocidos bajo secreto profesional.³¹

Entonces, bajo esa excepción y *a fortiori*, no existe tampoco la obligación de denunciar los hechos punibles de acción penal pri-

30 Aunque se ha afirmado que “el secreto no es un derecho absoluto y la obligación de guardarlo tampoco” (Segovia Cabrera, 2014, p. 97).

31 Las negritas me pertenecen.

vada (artículo 17 del Código Procesal Penal) ni de acción pública a instancia de parte (artículo 16 del Código Procesal Penal). De igual manera, como el artículo 286 dispensa la obligación de denunciar en ciertos casos, con mayor razón se dispensa también el deber de declarar; prueba de ello es el artículo 206 del Código Procesal Penal paraguayo, que si bien dicha abstención solamente rige para los abogados, procuradores, escribanos, médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares de las ciencias médicas, militares y funcionarios públicos en lo relativo a “secretos de Estado” y ministros o religiosos de cualquier credo sobre lo que les haya llegado a conocimiento bajo el “secreto de confesión”, ignora olímpicamente a los ingenieros, informáticos, financieros, directivos de una empresa, investigadores privados y un largo etcétera.

El secreto comercial/industrial/profesional conlleva la protección de los derechos del sujeto interesado en mantener en reserva dicha información, por esa razón, ese secreto es protegido en varias aristas del derecho y hasta penalmente contemplada su violación.

En cambio, la obligación de denunciar opera como un deber autónomo de carácter general. En otras palabras, la obligación de guardar secreto en el marco del ejercicio profesional es la regla general.

Pero esta regla cede ante la obligación de denunciar hechos punibles de acción penal pública perseguibles de oficio por el Ministerio Público, en los cuales se ha revelado algún dato o información o el hecho que ha percibido que se encontraba protegido por el deber legal de guardar reserva, sea una víctima o un testigo (Segovia Cabrera, 2014), esto sin perjuicio del principio jurídico de rango constitucional de la *primacía del interés general sobre el interés particular* consagrado en el artículo 128 de la Constitución paraguaya de 1992 y la consecuente *obligación de colaborar* de cada habitante del Paraguay:

En ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general. Todos los habitantes deben colaborar en bien del país, prestando los servicios y desempeñando las funciones definidas como carga pública, que determinen esta Constitución y la ley

Tal y como señala la doctrina paraguaya de derecho penal (Segovia Cabrera, 2014), estos deberes de denuncia y declaración son de

rango constitucional y, por ende, superiores a todos los demás deberes existentes en normas jurídicas, en virtud del orden de prelación de las normas jurídicas del artículo 137 de la Constitución de 1992; son absolutos y no admiten excepciones.

El artículo 128 de la Constitución de 1992 es claro al expresar “en ningún caso”, prohibiendo toda disposición normativa que regule una situación extraordinaria en la cual el interés de un particular pueda prevalecer por encima del interés general.

b. Resulta curioso cómo las excepciones del artículo 286 del Código Procesal Penal en lo relativo al secreto profesional son casi *idénticas* a las conductas condenadas expresamente en los artículos 147 y 148 del Código Penal. En resumen, el artículo 286 del Código Procesal Penal impone una obligación de *carácter general* de denunciar, con la excepción de “los hechos que fueron conocidos bajo secreto profesional”; al mismo tiempo, el artículo 147 del Código Penal castiga *cualquier* revelación de informaciones “secretas de carácter privado”.

Parece ser que se incluyen dentro de esa prohibición las informaciones “secretas de carácter privado” relacionadas con hechos punibles de acción penal pública a cargo del Ministerio Público, acciones penales de acción pública a instancia de parte y acciones penales de acción privada, y que poco importa si las informaciones son o no de interés público.

Sin embargo, la obligación establecida por ley –contenida en el artículo 147– de guardar reserva de ciertas informaciones colisionaría ante la obligación (también establecida por ley) de denunciar hechos punibles de acción penal pública. Parte de la doctrina paraguaya de derecho penal asevera que en este caso el secreto cede ante la obligación de denunciar hechos punibles de acción penal pública perseguibles de oficio por el Ministerio Público. El autor se adhiere a dicha interpretación.

Es decir, el diseño del artículo 147 tenía la intención de cercenar al profesional: si uno tuvo conocimiento de un hecho punible por parte de un cliente suyo, no lo podrá revelar, por más que la revelación de este sea una acción transparente en busca de la erradicación de la corrupción, o sea, una forma de protesta o una suerte de denuncia porque el mismo profesional se ha visto afectado por el hecho punible o porque simplemente “es lo correcto”.

En el diseño original, “lo correcto” cede ante lo formal. Pero dicha norma colisiona con la obligación general de denunciar y con el artículo 128 de la Constitución. Lo mismo ocurre con el artículo 148 del Código Penal.

En cuanto al artículo 148, se castiga *cualquier* revelación de informaciones de carácter privado³² de parte de funcionarios del Estado paraguayo o de parte de peritos “formalmente designados”.

La revelación de *cualquier* información (calificada como secreto por una autoridad que no se sabe con claridad) por parte de funcionarios y no una “información de carácter restringido cuya divulgación a terceros lesionaría, por sus consecuencias nocivas, intereses legítimos del interesado o respecto a los cuales por ley o en base a una ley debe guardarse silencio” (como es el caso del artículo 147) resulta confusa.

Se propone utilizar los mismos conceptos que figuran en el artículo 147, de manera que el término “secreto ajeno” del artículo 148 tenga un concepto previsible y estable.

Sin embargo, igual el legislador amplía el espectro de aplicación de la norma: ya no se sanciona el secreto revelado por *profesionales tipificados* (médicos, dentistas, farmacéuticos, abogados, notarios, defensores en causas penales y auditores o asesores de Hacienda),³³ sino que se sanciona la revelación de *todo secreto proveniente de cualquier persona, tenga profesión o no, mientras sea funcionario*.

Es decir, si el funcionario del Estado paraguayo o el perito “formalmente designado” tiene conocimiento de un hecho punible por parte de un agente del Estado paraguayo,³⁴ no podrá revelar *ninguna* información relativa a ese hecho punible, por más que dicha revelación sea una acción transparente.

c. La excepción del artículo 286 del Código Procesal Penal relativa al secreto profesional adolece de esta *autolimitación*: se *exceptúan únicamente* los secretos *profesionales*. Y así es como se vuelve al inicio de este trabajo, cuya intención fue resaltar que la noción de “secreto

32 Ya no se aplica el concepto de “información de acceso restringido cuya divulgación a terceros lesionaría, por sus consecuencias nocivas, intereses legítimos del interesado”, que figura en el artículo 147 del Código Penal.

33 Y los ayudantes profesionales de los mencionados o persona formándose con ellos en la profesión.

34 Calificada como “secreto”.

comercial” no siempre es idéntica a la noción de “secreto profesional”. Parecería que todo secreto profesional podría ser un secreto comercial, pero no todo secreto comercial sería un secreto profesional.

La misma terminología así lo sugiere: “secreto profesional” implica que necesariamente se trata de un secreto en el ámbito profesional (o, más precisamente, de aquel que ejerce una profesión), mientras que el “secreto comercial” necesariamente implica que haya un secreto y que tenga valor comercial. Por tanto, la excepción del artículo 286 *in fine* del Código Procesal Penal parece operar solamente para los secretos profesionales y no para *cualquier* otro tipo de secreto.

En otras palabras, solo los secretos profesionales están exceptuados por la obligación general de denunciar un hecho punible del artículo 286, es decir, solamente estos están debidamente resguardados de la obligación general de denunciar, no así los otros tipos de secretos, como los comerciales, los industriales, los empresariales, los secretos de fábrica y los asuntos de carácter reservado.³⁵

d. También existe una contradicción normativa entre algunos preceptos constitucionales, como entre el preámbulo de la Constitución,³⁶ el acceso a la justicia y la igualdad ante la ley del artículo 47, por un lado, y el derecho a preservar la intimidad de los artículos 33 y 36, por el otro.

En realidad, lo que se da es una verdadera dicotomía entre el derecho a la “justicia” vs. el derecho “a la privacidad”. Sin embargo, la

35 Resulta curioso cómo una ley penal establece que la revelación de los *secretos de fábrica o secretos industriales o asuntos de carácter reservado* (máxime cuando son revelados por parte de sujetos que no son profesionales) no son “dignos” de la excepción de la obligación general de denunciar hechos punibles (ni siquiera son dignos de una acción penal pública, es decir, de dotar al sistema judicial de justificación suficiente para iniciar un procedimiento penal de oficio) y, al mismo tiempo, una ley laboral establece que la revelación de esos mismos secretos son causales de despido justificado.

36 “El pueblo paraguayo, por medio de sus legítimos representantes reunidos en Convención Nacional Constituyente, invocando a Dios, **reconociendo la dignidad humana con el fin de asegurar** la libertad, la igualdad y **la justicia**, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, ratificando la soberanía e independencia nacionales, e integrado a la comunidad internacional, SANCIONA Y PROMULGA esta Constitución” (las negritas me pertenecen).

justicia es un fin público del más alto interés general consagrado por la Constitución de 1992 y la obligación de denunciar es simplemente una manifestación de la justicia, pues a partir de dicha obligación se activa el deber de promover y ejercer la acción penal pública por parte del Ministerio Público. Es por esta razón que se sostiene que el interés general (el deber de justicia, en este caso) desplaza así al interés particular (el derecho a la intimidad o privacidad) que ampara al secreto profesional (Segovia Cabrera, 2014). Esta interpretación está presente de forma expresa en el artículo 33 de la Constitución cuando dice: “La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, está exenta de la autoridad pública”.

e. Este conflicto de derechos se da igualmente en el derecho comparado. Un ejemplo lo constituye el derecho argentino:

El deber de denunciar decae si los hechos conocidos están bajo el amparo del secreto profesional, cuyo alcance se torna entonces necesario determinar, dado que la decisión de la cuestión depende, a un nivel más profundo, de la contraposición de dos derechos; por un lado, el derecho a la intimidad de la persona que busca el auxilio de un médico, y por otro lado, el interés legítimo del Estado en la represión del delito. Este es el conflicto que hay que resolver, más allá de las interpretaciones normativas estrechas de los artículos 156 del Código Penal y 177 del Código Procesal Penal. (González Magaña, 2013, s.p.)

f. En suma, ignorar todo el razonamiento jurídico expuesto en las líneas anteriores por parte del Ministerio Público o incluso del Poder Judicial podría derivar en la creación, *de manera pretoriana e ilícita*, de una interpretación nefasta: utilizar el pretexto de castigo de la “revelación de secretos privados por funcionarios o personas con obligación personal” del artículo 148 del Código Penal paraguayo como un “garrote” de amenaza para no revelar otros hechos punibles de parte de los sujetos que los cometen.

g. Lo mismo podría decirse del “secreto” del artículo 147 del Código Penal, del artículo 81, inciso h) del Código Laboral y de otras normas análogas. En cada caso que esto suceda, deberá ser el juez el encargado de la “ponderación” de los derechos en juego para lograr impartir justicia en el caso particular, considerando el fin público de justicia y su interés general.

h. González Magaña (2013) (refiriéndose al derecho argentino) entiende que las razones habidas por el legislador para determinar la “justa causa” son otras (entiéndase “justa causa” como causal de justificación de revelación de un secreto) y que lo primero a considerarse es que el primer beneficiario es la misma *víctima* pues, a través de la denuncia que realice el médico, se podrá visibilizar la problemática cotidiana que vive y sufre y también activar los mecanismos judiciales pertinentes para protegerla y contenerla, evitando su revictimización. El segundo beneficiario es su grupo familiar, expuesto al problema por la convivencia con el violento, y el tercero, la sociedad, que en este caso se confunde con el ajetreado interés público.

Ahora bien, la revelación del secreto no debe dejarse al arbitrio del médico ni de un tercero (aun cuando este sea un juez), ni fundarse en causas morales o culturales, siempre imprecisas y subjetivas. Lo que dicte una conciencia individual no puede ser suficiente criterio que decida sobre la revelación de un secreto (González Magaña, 2013).

Por supuesto, hasta la excepción tiene una excepción: cuando exista una debida causa de justificación que amerite la reserva del secreto considerando la cualidad de *imprescindible* de su reserva.

3. No queda del todo claro la *equiparación* que realiza el artículo 148 del Código Penal paraguayo de los “peritos formalmente designados” con los funcionarios del Estado paraguayo (ya sean funcionarios nombrados, empleados o contratados por el Estado).³⁷ O sea, el artículo 148 junta y contempla a los funcionarios y a los “peritos formalmente designados” bajo la misma norma y les prevé la misma condena. Sin embargo, los peritos pueden actuar tanto en un procedimiento judicial como en uno extrajudicial, en un procedimiento jurisdiccional (judicial o arbitral) o en uno no jurisdiccional (*dispute boards*, *mini-trials*, *rent-a-judge* (Barr, 1987; Hasan, 2009), mediación, conciliación, entre otros). Se entiende que los peritos

37 Queda el gran interrogante de qué pasa con los profesionales que trabajan como consultores para un organismo público o entidad del Estado paraguayo, pero cuyo contrato de prestación de servicios es celebrado con otra persona distinta a la del Estado paraguayo, como las Naciones Unidas (ONU) y sus ramas (la UNESCO, UNICEF, PNUD, etc.) y la Organización de Estados Iberoamericanos (OEI), entre otros.

designados en un contencioso judicial sean “equiparados” con los funcionarios por el artículo 148, pues el proceso de investigación judicial y la producción científica del perito tienen íntima relación (Weingarten y Ghersi, 2011). Pero cuando los peritos son designados para intervenir en procesos extrajudiciales (y más aún si se tratan de procesos no jurisdiccionales) no existe razón lógica para equipararlos con funcionarios del Estado paraguayo (ni de ningún Estado).

4. La semejanza innecesaria del artículo 148 del Código Penal con lo dispuesto en el artículo 315 “Revelación de Secretos de Servicio”, también del Código, solamente contribuye a la confusión pública y a las malas decisiones jurisdiccionales sobre el “secreto”.

Se resalta la falta de atención legislativa del Código Penal paraguayo respecto a la protección del secreto cuando su revelación indebida se divulga a través de funcionarios: en lugar de utilizar el mismo tipo penal existente en el artículo 147 y ser un “agravante” de este (como lo es el artículo 149) y estar colocado en la misma ubicación de los tipos penales que protegen al secreto, el legislador optó por crear un nuevo tipo penal, pues el artículo 315 no se reenvía al artículo 147 ni al 148. En palabras sencillas, se “repite” el tipo penal que castiga la revelación de secretos por parte de un funcionario, profundizando las confusiones normativas y propiciando un miedo *de facto* contra una pena que no está bien definida (y no lo está porque el tipo penal no está bien explicado en la legislación) y un efecto de espada de Damocles a los ciudadanos del Paraguay que no entienden correctamente sus obligaciones.

El tipo penal que se observa en el artículo 148 parece repetirse en el artículo 315 del Código Penal, que reza:

Revelación de secretos de servicio

1º El funcionario que revelara un secreto que le haya sido confiado o cuyo conocimiento hubiera adquirido en razón de su cargo, atentando con ello contra los intereses públicos, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. Como secreto se entenderán hechos, objetos o conocimientos, que sean accesibles sólo a un número limitado de personas y que por ley o en base a una ley no deban comunicarse a terceros.

2º En estos casos, será castigada también la tentativa.

Aparte de la calidad legislativa de este artículo (el 315 tiene dos incisos, mientras que el 148 tiene dos incisos y dos subincisos), la norma del artículo 315 tiene un parecido con el artículo 148, especialmente en los siguientes puntos:

- a. Contienen la hipótesis “el que revelara secreto ajeno”.
- b. Parecen exigir lo mismo en cuanto a que el secreto haya “llegado al conocimiento del funcionario en ejercicio de funciones”.
- c. Van dirigidos a “funcionarios”.³⁸

No obstante, se destacan unas diferencias insalvables del artículo 315 respecto al artículo 148. Pero, primeramente, se resalta que lo que podría darse en este caso es un típico asunto de *antinomia jurídica* de las normas de conducta (Agüero-San Juan, 2015; Ferrajoli et al., 2009) de los artículos 148 y 315 del Código Penal, generándose una *incoherencia* de normas (Mendonca, 2008).

Este hecho es especialmente grave porque el “conflicto normativo” no se da entre el artículo de *una ley* contra el artículo de *otra ley* o entre el artículo de *una norma jurídica* (ley, decreto, resolución ministerial, ordenanza municipal) contra *otro artículo de otra norma jurídica*, pero que puede no *coincidir con el rango* de la primera norma jurídica –i.e., puede ser inferior o superior–,³⁹ sino que se da *entre dos artículos del mismo cuerpo legal*.

En resumen, ambos artículos prevén el mismo hecho punible (la revelación de secretos conocidos “en ejercicio de funciones”), los mismos autores (los funcionarios) y la misma víctima (el Estado paraguayo, la función pública, la sociedad *in totum*, etc.), sin embargo, ambos artículos varían sustancialmente en la sanción prevista y en la modalidad de impulsar la acción penal:

38 Aquella persona que desempeñe una función pública, conforme al derecho paraguayo, sea funcionario, empleado o contratado por el Estado (Ley 1160/1997, Código Penal, artículo 14, inciso 14).

39 Sin embargo, el hecho que las disposiciones jurídicas provengan de normas de diferente jerarquía puede ser solucionada con la *ordenación*, pues, ésta supone que una norma considerada, por alguna razón como superior o más importante, prevalece sobre otra, considerada inferior o menos importante (Mendonca, 2008).

Desafortunadamente, las disposiciones jurídicas provienen del mismo texto legal (Código Penal), por lo que la ordenación no encuentra aplicación.

Corresponde destacar la gran diferencia de la sanción prevista en el artículo 148 y en el artículo 315: en el primero se prevé una pena privativa de libertad hasta 3 años o multa, mientras que en el segundo se prevé una pena privativa de libertad de hasta 5 años (casi el doble) o multa.

El control de la acción penal es otro punto grave que se observa al comparar ambos artículos. Esto quiere decir que el *tipo de acción penal* variará dependiendo de si se utiliza el artículo 148 o el artículo 315, aun si se trata de la misma e idéntica conducta.

El tipo penal descrito en el artículo 148 explícitamente reza: “La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima. Se aplicará lo dispuesto en el artículo 144, inciso 5°, última parte”. En cambio, la frase “la persecución penal dependerá de la instancia de la víctima” ya no se encuentra en el artículo 315. O sea, la acción penal parece ser pública y parece ser perseguible *ex officio* por el Ministerio Público. Se recalca que el artículo 315 se encuentra dentro del Capítulo III “Hechos punibles contra el ejercicio de funciones públicas” del Título V “Hechos punibles contra las funciones del Estado”. Entonces, el tipo de la acción penal conforme al artículo 14 del Código Procesal Penal paraguayo puede *variar dependiendo del artículo del Código Penal que se decida utilizar para perseguir la misma conducta*.

1. Se observa que el artículo 315 sí define o intenta definir lo que debe entenderse por “secreto”, a diferencia del artículo 148 que no lo define. Se recuerda que la noción de “secreto” se encuentra en el artículo 147 y en el artículo 315 del Código Penal, no así en el artículo 148. La definición de “secreto” del artículo 315 no exige, a diferencia del artículo 147, la “intención” de lesionar o perjudicar intereses ajenos. Es decir, el artículo 147 parece establecer una responsabilidad penal “objetiva”, pues no se exigen ni la ocurrencia del daño ni la “intención” de dañar.

2. Cabe destacar que el artículo 315 exige explícitamente que se haya “atentado contra los intereses públicos”. *A contrario sensu*, se entiende que *cualquier* revelación que *no* atente contra los intereses públicos no se subsumiría dentro del artículo 315. El artículo 148 no exige, de ninguna manera, “que se haya atentado contra los intereses públicos”, lo cual amplía el espectro de todas las conductas que pueden ser tipificadas como “revelación de secretos privados por

funcionarios o personas con obligación especial”. Es preciso delimitar la frase “contra los intereses públicos” en oposición a “los intereses del Estado Paraguayo”, que son conceptos diferentes. Al primero le importan intereses difusos e intereses generales de la sociedad y se vincula íntimamente con “el orden público” conocido en el derecho civil y en derecho internacional privado. Al segundo le importan intereses precisos provenientes del *Estado como persona jurídica* y se vincula íntimamente con “las leyes de policía” conocidas en el derecho privado y en el derecho internacional privado.

3. El artículo 315 explícitamente exige que el secreto sea de *reserva obligatoria* por ley o *en base a una ley*. En otras palabras, exige que una ley, o *en base a una ley*, se mantenga en secreto un hecho, objeto o conocimiento. Sin embargo, el artículo 148 no exige en ningún lado y en ninguna forma que el secreto sea impuesto por ley o *en base a una ley*. Esto podría significar que bajo la óptica del artículo 148, *cualquier* revelación (de la parte de un funcionario dentro de sus “actuaciones”) podría entrar como una violación al secreto, pues no es necesario basarse en una ley o *en base a una ley*.

4. Por último, hay comentarios del artículo 148 en las páginas más arriba que también son aplicables al artículo 315. Se efectúa el correspondiente reenvío.

4. Conclusión

Si bien la mayoría de las normas penales comentadas apuntan directamente al secreto profesional y no al secreto comercial, no es menos cierto que el conocimiento de una información, objeto o hecho y, lo que es más, de un *know-how* determinado por parte de un funcionario que trabaje en una empresa pública del Estado paraguayo⁴⁰ cuya divulgación podría perjudicar intereses legítimos de este y de la sociedad paraguaya, se podría sin problemas subsumir en un tipo legal del Código Penal, es decir, el *secreto comercial* estaría protegido.

Sin embargo, dicha protección es una consecuencia indirecta, pues en el derecho penal rige el principio de legalidad, en virtud del cual la aplicación de una pena está supeditada a que los presump-

40 Como PETROPAR, ANDE, COPACO, ESSAP, INC, etc.

tos de punibilidad de la conducta se hallen expresa y estrictamente descritos en la ley vigente.⁴¹ *A contrario sensu*, si dichos presupuestos no se hallan descritos de forma expresa y clara, la aplicación de una pena está fuera de la ley.

Esto ocasiona una fragmentación legal de la protección del secreto, que pudo observarse en manera detallada (tomando al derecho penal y laboral como ejemplos) en las páginas anteriores, lo cual no es otra cosa que la dispersión injustificada de la protección de la figura de secreto en varias normas jurídicas diferentes, cuyas consecuencias son principalmente dos: el efecto *letra muerta* de las normas existentes (pues la fragmentación normativa genera confusión en la aplicación de las reglas protectoras del secreto comercial) y la inexistencia de normativas precisas, pues dicha confusión (respecto a la aplicación de reglas protectoras) de parte de los órganos jurisdiccionales y administrativos genera un *efecto disuasivo* en la evolución del ordenamiento legal respecto al tema que es objeto de confusión e impide la sanción de leyes y normas regulatorias específicas sobre este.

Sin perjuicio de esta fragmentación legal (en lo que al *secreto comercial* respecta), lo cierto es que el derecho penal paraguayo brinda una protección indirecta y “sin querer queriendo” al secreto comercial, pues su intención apunta a proteger al secreto *profesional*⁴² y los secretos de Estado.

El derecho laboral, si bien amplía el rango de protección del *secreto* preservando toda información secreta que sea profesional o no, encuentra su límite en la *relación de dependencia*. En otras palabras, el derecho laboral protege al secreto comercial siempre que esté en juego una relación laboral de dependencia.

Por último, las intenciones regulatorias de los tratados internacionales pueden esfumarse al no establecer obligaciones claras y específicas para los Estados contratantes. En otras palabras, y evocando los principios del derecho punitivo, *voluntas in mente retentia, voluntas non est*.

41 Ley 1160/1997, Código Penal, artículo 1.

42 Estableciendo como un agravante la circunstancia de que dicho secreto tenga carácter industrial o empresarial; no obstante, dicho agravante siempre dependerá de que ese secreto sea *profesional*.

Bibliografía

- Agüero-San Juan, S. (2015). Las antinomias y sus condiciones de surgimiento: Una propuesta para los enunciados normativos. *Revista de Derecho*, 28(2), 31-46. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502015000200002>.
- Barr, L. D. (1987). Whose Dispute Is this Anyway: The Propriety of the Mini-Trial in Promoting Corporate Dispute Resolution. *Journal of Dispute Resolution*, 1987(11).
- Carbonell, M. (1997). Los objetos de las leyes, los reenvíos legislativos y las derogaciones tácitas. Notas de técnica legislativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(89). <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3482/4120>.
- Ferrajoli, L., Moreso, J. J. y Aienza, M. (2009). *La teoría del derecho en el paradigma constitucional* (2ª ed.). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Fidealis (s.f.). *La protección del secreto comercial*. <https://www.fidealis.com/es/propiedad-intelectual/de-decreto-comercial/>.
- Frier, P. L. y Petit, J. (2015). *Droit administratif* (10ª ed.). Lextenso.
- González Macchi, J. I. (2008). *Introducción al Derecho Penal Paraguayo* (4ª ed.). Intercontinental.
- González Magaña, I. (2013). Los límites del secreto profesional frente a la obligación de denunciar que la Ley N° 24.417 impone a los profesionales de la salud. *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*, (1). <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=5c9f498d26d08e3528eed3dd121b651c>.
- Hasan, C. (2009). *Rent-a-judge* (Tesis de maestría). University of Lund, Suecia. <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOid=1558154&fileOid=1564559>.
- Iturralde Sesma, V. (1998). Consideración crítica del principio de permisión según el cual “lo no prohibido está permitido”. *Anuario de filosofía del derecho*, (15), 187-214.
- Mendonca, D. (2008). Análisis constitucional. Una introducción. Intercontinental.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (s.f.). *Secretos comerciales*. <https://www.wipo.int/tradesecrets/es/index.html>.
- Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es>.
- Segovia Cabrera, M. E. (2014). La obligación de guardar secreto profesional frente a la obligación de denunciar. *Revista Jurídica. Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, (4), 89-114.
- Seiller, B. (2016). *Droit administratif. Les sources et le juge* (6ª ed.). Champs.
- Villagra Maffiodo, S. (2011). *Principios de Derecho Administrativo* (4ª ed.). Servilibro.
- Weingarten, C. y Gherzi, C. A. (2011). Responsabilidad de los peritos judiciales. *Revista SIDEME*, (7).

Herramientas para proteger las creaciones de la moda en la propiedad intelectual

* * * *

Adolfo Jesús Toledo Friginals

Universidad Panamericana

ajtoledofr@gmail.com

Recibido: 16 de abril de 2022

Aceptado: 30 de mayo de 2022

Resumen

Este artículo tiene como objetivo principal determinar cuáles son las herramientas con las que cuenta el derecho de autor y el derecho de la propiedad industrial para proteger las creaciones en la industria de la moda. Se analiza la historia de la industria de la moda para determinar su valor e importancia y, a partir de sus elementos, se determina que es una industria donde la creatividad, el ingenio y la innovación tienen una importancia fundamental para la creación de diversos objetos. Dependiendo de si la creación es técnica, ornamental o artística se estará ante un nivel de protección distinto. A lo largo del artículo se analizan las figuras de derecho de autor, marcas, patentes, secretos industriales y diseños industriales, proponiendo en cada una de las figuras las situaciones en las que resultan aplicables a la industria de la moda. Si bien los vestidos y objetos de la moda pueden ser protegidos por diversas figuras de la propiedad intelectual, a las que más se recurre por los diseñadores y las empresas son el diseño industrial y el arte aplicado. El uso de estas figuras lleva a que analicemos la posibilidad de obtener una protección acumulada por parte del derecho de autor y del derecho de la propiedad industrial. En México, la ley establece la protección acumulada de las figuras, sin embargo, en los tribunales se ha determinado que un objeto que quiere registrarse como una obra de arte aplicado debe ser original y generar una sensación de agrado en las personas que la aprecien.

Palabras clave: diseños industriales, arte aplicado, moda, *fashion law*, propiedad intelectual.

Intellectual Property Tools for Fashion Design

Abstract

The main purpose of this article is to determine what tools intellectual property law has to protect fashion designs. We use fashion industry history to determine its value, importance and main elements. From this analysis we determine that in fashion industry creativity, ingenuity and innovation have a fundamental role in the designing of fashion objects. Depending on whether the creation is technical, ornamental or artistic, these will have a different protection scheme. Throughout this article the figures of copyright, trademarks, patents, trade secrets and industrial designs are analyzed, proposing in each of the figures the cases in which they are applicable to the fashion industry. Although fashion designs can be protected by various intellectual property rights, the most common types of protection for designers and companies are design patent and applied art. The use of these figures leads us to analyze the possibility of obtaining a cumulative protection by copyright and patent law. Mexico's law establishes the cumulative protection, but courts has determined that a design that wants to be registered as a work of applied art must be original and generate a feeling of pleasure in the spectator.

Key words: design patent, applied art, fashion, fashion law, industrial property.

Ferramentas de propriedade intelectual para o design de moda

Resumo

O principal objectivo deste artigo é determinar que instrumentos o direito de propriedade intelectual tem para proteger os desenhos de moda. Utilizamos a história da indústria da moda para determinar o seu valor, importância e principais elementos. A partir desta análise, determinamos que na indústria da moda a criatividade, o engenho e a inovação têm um papel fundamental na concepção de objectos de moda. Dependendo de a criação ser técnica, ornamental ou artística, estes terão um esquema de protecção diferente. Ao longo deste artigo são analisadas as figuras de direitos de autor, marcas, patentes, segredos comerciais e desenhos industriais, propondo em cada uma das figuras os casos em que são aplicáveis à indústria da moda. Embora os designs de moda possam ser protegidos por vários direitos de propriedade intelectual, os tipos mais comuns de protecção para designers e empresas são a patente do design e a arte aplicada. A utilização destes números leva-nos a analisar a possibilidade de obter uma protecção cumulativa por direito de autor e direito de patentes. A lei mexicana estabelece a protecção cumulativa, mas os tribunais determinaram que um desenho ou modelo que queira ser registado como uma obra de arte aplicada deve ser original e gerar um sentimento de prazer no espectador.

Palavras-chave: patente de desenho, arte aplicada, moda, direito da moda, propriedade industrial.

1. Introducción

Cuando hablamos de moda hablamos de un proceso de creación y producción de prendas de vestir que representa un mercado creciente y competitivo en el cual los agentes participantes buscan innovar y externar su creatividad. Sin embargo, este mercado también tiene muchos riesgos de falsificación, incluso se ha llegado a considerar que un destino fatal de la moda es la imitación, por lo que es relevante obtener la protección adecuada.

Tal como establece Carbajo Cascón (2021, p. 140), las innovaciones estéticas o de formas proporcionan un valor a los artículos industriales y llegan a ser un factor distintivo y publicitario que incluso puede superar el valor mismo del objeto al que ornamenta o al que le da forma. La finalidad de las formas de estos productos y de los diseños que los adornan es generar una atracción y mayor interés en los consumidores. El diseño es un bien inmaterial valioso que exige una debida protección desde la propiedad intelectual.

Según el informe del estado de la moda 2022 de McKinsey & Company (2021), esta industria sufrió un descenso de sus ingresos del 20 por ciento en el periodo 2019-2020. En la medida en que las economías se recuperen de la pandemia, se considera que la industria de la moda también se recuperará. Por ejemplo, la venta de ropa deportiva tuvo un gran auge durante la pandemia y se cree que se mantendrá así. Por ejemplo, durante 2019 y 2020, las empresas con mejor beneficio económico fueron Nike, Inditex, Kering, LVMH y Hermès. Estas pueden categorizarse en tres grupos: la ropa deportiva con Nike, la ropa del denominado *fast fashion* con Inditex y la ropa de lujo con Kering, LVMH y Hermès. A pesar de estar dirigidas a segmentos de mercados diferentes, estas empresas tienen grandes inversiones para el desarrollo y creación de los diseños de sus productos y de los estampados que los ornamentan.

Una empresa de la industria de la moda puede encontrar diversos instrumentos para la protección de sus diseños y de sus productos. Sin embargo, no se puede obviar que cada uno de estos instrumen-

tos atiende a una necesidad distinta y que el alcance de la protección varía de producto a producto. Además, es posible obtener una protección acumulada, es decir que para proteger un diseño o un producto, se puede acudir a diversos instrumentos, como son las marcas, el arte aplicado, los diseños industriales, las patentes o los secretos industriales.

Si bien los diseños de la moda y la industria derivada de estos han tenido como principal y único objeto la satisfacción de las necesidades básicas del individuo, como lo es el protegerse de los elementos y abrigar su cuerpo, con el tiempo la moda se ha convertido en algo más que la confección de una prenda con fines puramente utilitarios. La moda se ha transformado en un concepto más amplio que implica concebirla como una forma de innovación, de expresión artística y estética que se encuentra estrechamente relacionada con la capacidad de impregnar de un carácter de distintividad a determinados objetos. Esta naturaleza de la moda permite que sea protegida por el derecho de autor y por el derecho de propiedad industrial.

En el presente trabajo se analizarán las diferentes herramientas que aporta el derecho de propiedad intelectual para proteger la industria de la moda. En primer lugar, analizaremos la importancia de esta industria. En segundo lugar, se examinarán las distintas formas de proteger los diseños de la moda, tanto desde el derecho de autor como del derecho de la propiedad industrial. Por último, se comentará la posibilidad de obtener una protección acumulada para el mismo diseño por parte del derecho de autor y del derecho a la propiedad industrial. De igual manera se realizará un breve comentario a la problemática concerniente al concepto de “novedad” para los diseños industriales.

2. Breve historia de la moda

Consideramos necesario tener en cuenta una definición de “moda”, para lo cual nos apoyaremos en Salas Pasuy (2013):

La moda ha sido entendida como “*une manière d’être ou de faire, passagère mais largement adoptée et valorisée dans un groupe*”. Es decir, una manera de ser o de hacer, pasajera, pero largamente adopta-

da y valorizada en un grupo, con un alcance cultural. Es un concepto transversal que se aplica no solamente al textil y al vestido, sino que se extiende incluso a las maneras de pensar de una sociedad. Esta noción involucra una serie de conceptos como el de creación, creatividad y novedad que se traducen en una palabra: innovación. (p. 149)¹

Es difícil encontrar un punto concreto en el que aparezca la moda como concepto en la historia, sin embargo, se puede considerar que se dio desde la antigüedad, cuando la vestimenta empezó a utilizarse como un proceso de individualización para diferenciarse de los demás, y de socialización para compartir en comunidad. Siguiendo a Riello (2016, p. 7), entender la historia de la moda realmente es entender la historia de los “modos”, es decir, de los comportamientos y de la actividad cotidiana de todas las personas. Es por esto por lo que debe diferenciarse la historia de la moda de la historia de la industria de la moda.

Se puede entender que el primer momento de la moda se dio cuando las personas eligieron usar hojas o pieles para cubrirse, creando así las vestimentas y relacionándolas con un fin práctico. Este fin podía ser el de simplemente protegerse de la intemperie o distinguir a un grupo de personas de los demás.

Durante la Edad Media, la moda tomó mayor relevancia debido a las cortes europeas. La vestimenta empezó a utilizarse como una herramienta de distinción. En una sociedad fuertemente jerarquizada, era usada para distinguir las clases sociales, las profesiones, la afiliación política e incluso el estado civil (Riello, 2016, p. 12). Además, en ese momento, las prendas tenían un alto coste y eran confeccionadas de modo artesanal por una naciente industria de sastres y costureras, por lo que la indumentaria tenía un fin práctico para la mayoría de las personas y solo los comerciantes y nobles, con mayor poder adquisitivo, podían costear tener una variedad de prendas.

Fue entre el siglo XV y el XVII cuando las cortes europeas empezaron a consumir más productos para proyectar una imagen de lujo y extravagancia; gran parte de esta imagen fue la vestimenta.

1 Cursivas en el original.

Eran las cortes reales las que iban marcando la tendencia respecto a los colores y tipos de vestimenta que se utilizaba. Esto es lo que se conoce como “moda de cortesano”: eran prendas artesanales, complejas y más estéticas que funcionales, por lo que no se encontraban al alcance de la mayoría de las personas.

Entre los siglos XVIII y XIX empezó a desarrollarse la industria la moda, ocasionado así que la moda esté a disposición de la mayor parte de la sociedad y no solo de las cortes. Se desarrolló en Inglaterra a partir de la Revolución Industrial. Con la invención del telar mecánico de Watts en 1733, se revolucionó la industria textil para permitir su expansión. En 1765 se creó la máquina de hilar de algodón, y en 1779 se inventó la máquina de coser automática, logrando así la facilitación y agilización de la producción de textiles.

El efecto que tuvo la Revolución Industrial en la moda, que conllevó al desarrollo de esta industria, fue que se rebajó el precio de los productos al automatizar su manufactura, reduciendo así los costos de producción tanto del producto final como de la materia prima. La reducción en los precios y el incremento en el consumo de los productos llevaron a que el consumo se volviera una parte relevante de la economía y de la interacción social. Empezaron a aparecer las tiendas de mercancías, la publicidad y el consumo masivo de productos, alejando la ropa de las cortes europeas y de las clases con alto poder adquisitivo para acercarla a la mayoría de las personas, volviéndose un objeto más genérico, menos de lujo y más asequible.

El origen moderno de la industria de la moda se le atribuye a Charles Frederick Worth, quien unió la novedad con el estilo. Nació en Inglaterra en 1825 y emigró de joven a París. En 1853 fue elegido para coordinar la preparación del ajuar de la aristócrata española Eugenia de Montijo para su boda con el futuro emperador Napoleón III. En 1858 creó la Casa Worth en París, en la que hizo famoso el modelo de negocio que consiste en la presentación de vestidos a través de desfiles de moda para que los clientes pudieran ver la colección y elegir la vestimenta que iban a comprar; luego se confeccionaban los vestidos seleccionados a la medida de sus clientes. Esto es lo que después se conocería como “alta costura” (Krick, 2004).

En ese momento, el modisto (persona encargada de hacer prendas de vestir, desde el diseño hasta el patrón, la selección de tejidos

y la confección) era una expresión de la sociedad que lo rodeaba. Era innovador, creador de vestimentas y proponía nuevas ideas que no se encontraban limitadas por los lineamientos del encargo que le habían hecho. Estas características implicaban el paso de la sastrería a la alta costura. En la sastrería se confeccionaban las prendas a medida conforme el gusto e indicaciones del cliente, esto se realizaba así porque las telas eran costosas y la confección era artesanal. Por su parte, el modisto de la alta costura le proponía sus creaciones al cliente partiendo de su propia idea y no de los gustos o necesidades del cliente.

Este cambio radical, en el que la moda dejó de ser exclusiva y se ofertó a todo el mundo, trajo aparejado el reconocimiento del modisto y de sus creaciones. Una prenda dejó de ser una vestimenta confeccionada por Worth y pasó a ser “un Worth”; en este sentido, el modisto y su casa de alta costura empezaron a tomar un papel relevante en la industria de la moda.

El papel de la mujer es importante para este breve recuento histórico ya que el lugar que ellas tomaron a partir de las dos guerras mundiales creó un cambio tanto en la moda como en la industria de la moda. Ellas configuraron la fuerza laboral de los países, ya que los hombres fueron reclutados para combatir. Al terminar la Segunda Guerra Mundial, pocas mujeres estaban dispuestas a abandonar su papel en la vida laboral, lo que se vio reflejado en un nuevo estilo de vida y, por lo tanto, de moda (Tungate, 2008, p. 14). Muchos de los elementos de este nuevo estilo de vida estaban relacionados con la moda y su uso era como un medio de expresión. Además, la automatización y la producción en masa llegaron a un punto tal que los productos –entre ellos, la vestimenta– se producían en fábricas de forma masiva y eran vendidos a quien los pudieran costear.

Otro punto relevante del periodo posterior a las guerras mundiales es que la moda se alejó de una alta costura inspirada en el arte y la creatividad y se empezó a relacionar más con el lujo. Además, se terminó la época en la que, a consecuencia de las guerras, hubo un fuerte racionamiento de prendas de vestir y de los insumos para manufacturarlas. La industria de la moda se volcó al lujo y al exceso en una sociedad que estaba saliendo de un periodo lleno de destrucción y privaciones. Los planes de reconstrucción económica vieron en los

consumidores la clave para revivir las economías nacionales, reforzando así la industria de la moda (Riello, 2016, p. 122).

Fue en este periodo en el que Christian Dior creó una nueva etapa de la industria de la moda. Antes, el modisto estaba estrechamente relacionado con su casa de moda; luego, el creador y la empresa se volvieron dos entes distintos: la empresa era dueña de una marca que se separó del diseñador como creador empleado por ella. Esto le dio más libertad tanto al creador —que, de forma independiente, empezó a diseñar para diversas casas de moda— como a la empresa, que comenzó a tener tiendas en diversas partes del mundo y a explotar una marca a través de licencias para que terceros la utilicen, especialmente para la producción y venta de accesorios. De igual forma, la marca se alejó del modisto y sobrevivió a este. Al morir Christian Dior, Yves Saint Laurent se volvió el modisto de la casa Dior, la cual sigue existiendo hasta el día de hoy.

Posteriormente, el centro de la moda se desplazó a Estados Unidos, donde, dice Mark Tungate (2008), se empezó a

experimental con tejidos sintéticos, con técnicas de producción más rápidas y con prendas ligeras e intercambiables. Este proceso se aceleró durante la década de los cuarenta, y Nueva York se convirtió en la cuna del *prêt-à-porter* [moda lista para vestir]. (p. 14)

En este periodo también surgió un cambio respecto al cliente modelo: se dejó atrás a la persona adinerada, en especial a la mujer de clase acomodada, para pasar a los jóvenes. En este sentido, se desarrolló el *prêt-à-porter*, acuñado por Jean-Claude Weill en 1949, que designaba la transportación de las ideas de la alta costura a los modelos productivos de circulación masiva. Los modistos pasaron a ser expertos en el diseño de trajes y los diseñadores empezaron a tender más a la innovación de formas, materiales y métodos de creación, lo cual abrió un espacio a la experimentación, que permitió que los jóvenes se involucraran en la moda.

De igual forma, Salas Pasuy (2013) comenta que en la década de 1970 hubo una democratización de la moda, dado que el estilo ya no era impuesto por casas de modas o diseñadores, sino que era generado por las propias personas consumidoras que buscaban

crear con la moda una propia identidad. En ese momento, la moda era inventada en las calles (p. 147). Esto generó un mercado con dos intereses concretos: por un lado, los jóvenes, y por el otro, la producción artesana de alta calidad. En este periodo se destacaron marcas como Yves Saint Laurent, Christian Dior, Armani, Dolce & Gabbana, Moschino, Max Mara, Prada y Versace. Por su parte, Italia propuso una noción clara de *prêt-à-porter* uniendo el diseño, la innovación de productos, materiales y elaboración. El concepto *made in Italy* elevó a la moda al nivel de la alta costura francesa, reduciendo los precios y aumentando la accesibilidad. Esto se logró con una alta calidad en los materiales y en el diseño.

En la década de 1980 se dio una tendencia en la moda en la que la gente empezó a vestirse para el éxito profesional, es decir, trajes con marcado diseño masculino tanto para el hombre como para las mujeres. También fue en esta década que las marcas tomaron mayor relevancia en la moda y se volvieron un fuerte elemento de distintividad, segmentación y diferenciación de la gran cantidad de productos que se encontraban en el mercado, siendo un identificador tanto de los gustos de los consumidores y de su pertenencia a determinado grupo social como también de los productos con mayor valor extrínseco. Además, se tenía un fuerte enfoque en la ostentación como una representación excesiva de todos los elementos de la moda.

En esta década también emergió la cultura del *streetwear*, con MTV y marcas como Levi's, Nike y Gap, que parecían estar más conectadas con la cultura del momento y con los consumidores que las grandes pasarelas de moda, apelando así a los consumidores más jóvenes para alejar la moda de un concepto de exclusividad y acercarla más a la vestimenta del día a día.

Patrick McCarthy, director de la revista *Women's Wear Daily*, en 1997 expresó que en la década de 1990 la moda sufrió un cambio a consecuencia del mercado, que es el que dictaba en ese momento la necesidad de la industria (O'Shea, 2012, p. 78). Antes, la moda era definida por los diseñadores, en cambio, en esta década, comenzó a ser lo que presentaba el mercado a través de las grandes cadenas comerciales como GAP, H&M y ZARA. El mercado empezó a ser dominado por la ropa casual y accesible, muy alejada de la década de 1980, en la que dominaba la ostentación. Esto ocasionó que la moda

mutara a un modelo basado en clientes y distribuidores con un crecimiento enfocado en el volumen y en la reducción de costos, teniendo como eje central al consumidor (Salas Pasuy, 2013, p. 148).

Esto tuvo como consecuencia el nacimiento de la moda rápida, en la que las cadenas comerciales de gran distribución lograron producir y distribuir diseños que antes eran exclusivos de marcas de alta gama y ponerlos a disposición del público de una forma masificada. Esto también tuvo como consecuencia la globalización de la industria de la moda, en el sentido de que las prendas eran diseñadas en ciudades como Nueva York, Londres, París y eran manufacturadas en Asia o en América Latina para ser vendidas en tiendas alrededor del mundo. Adoptar este modelo tuvo como consecuencia la reducción de los costos de producción y el aumento de la accesibilidad de la ropa.

Respecto a las décadas de 2000 y 2010, Gallart y Mir (2021) comentan que fue en este periodo en el que se consolidó el fenómeno de reducción de costos de producción y de precios de las prendas. Este modelo de negocio es conocido como moda *low cost*. También en estas décadas hubo un amento de la cultura del *streetwear* y del papel de internet en la moda con el fenómeno de los *bloggers*, las redes sociales y el *e-commerce*. Las redes sociales tomaron el control de la moda a través de los *influencers* y del nuevo modelo de publicidad basado en el uso de las redes sociales y con un mayor enfoque en los consumidores.

Otro elemento que ha tenido mucha relevancia en la última década en la industria de la moda es la apropiación cultural. Este concepto en la moda hace referencia a la toma de propiedad intelectual, conocimientos ancestrales, expresiones culturales y/o bienes étnicos sin la autorización de los grupos racializados que poseen su titularidad y, la mayoría de las veces, sin tomar en consideración el contexto cultural de los elementos tomados. La industria de la moda ha adoptado, reinterpretado y hasta copiado la indumentaria de muchas naciones y de sus culturas.

Cuando se inspira en estos elementos culturales o se copia, se descontextualiza el símbolo o es usado de tal forma que pierde el valor cultural que posee. Por ejemplo, lo sagrado deja de serlo y hay un daño espiritual e identitario para la comunidad. Esto ha tenido una

estrecha resonancia en el mundo de la moda, ya que muchas marcas toman los diseños culturales de diversas comunidades para sus diseños textiles sin otorgar una debida compensación o un adecuado respeto a las culturas y tradiciones de donde toman sus elementos. Lamentablemente, este fenómeno no es nuevo en la moda, lo nuevo es el reclamo.

Sin embargo, esta problemática implica una comunión de elementos políticos y jurídicos para su protección. En primer lugar, es necesario determinar si toda forma de préstamo cultural es condeñable, en especial en sociedades multiculturales como las actuales. También hay que tener en cuenta que la diversidad de influencias culturales es lo que hace que la moda evolucione y prospere. En segundo lugar, es necesario determinar el marco legal bajo el que determinados elementos culturales son protegidos, la figura jurídica con la que se protegen y el alcance la protección otorgada. Además, existe un problema de territorialidad respecto al alcance de la protección y su implementación para prevenir la apropiación indebida.

Se han tomado diversas medidas políticas y jurídicas para enfrentar este problema; el último ejemplo que tenemos en México es la publicación de la Ley Federal de Protección al Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas en enero de 2022. El objetivo de esta ley es reconocer y garantizar el patrimonio cultural y de la propiedad intelectual colectiva de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas. El ordenamiento destaca un reconocimiento de derecho colectivo de propiedad y de un derecho de propiedad intelectual sobre el patrimonio cultural de los pueblos indígenas. Si bien la ley no es perfecta y se ha cuestionado mucho sus alcances e implementación, es un paso importante para asegurar una tutela del patrimonio cultural del país y del control del uso irregular de estas en manifestaciones comerciales. Sin embargo, el análisis de la apropiación cultural y de las medidas jurídicas que se han tomado para hacerle frente son temas que quedan fuera del alcance del presente trabajo.

3. Relevancia de la industria de la moda

Conforme al Índice de Transparencia de la Moda en México 2020

elaborado por Fashion Revolution y Arte, Lenguaje e Investigación para el cambio Social (Arlenica) (2020);

La industria de la moda contribuye aproximadamente con el 2.4% del PIB del sector manufacturero, equivalente a \$73,632 millones de pesos [mexicanos]. Solo en 2018, el sector del vestido empleó a más de medio millón de personas, en su mayoría mujeres. (p. 6)

Es una industria con un peso relevante para la economía mexicana y por eso es necesario estudiar las herramientas de la propiedad intelectual para su protección, ya que las marcas, diseños y secretos industriales son de los activos más relevantes de una empresa en esta industria.

La industria de la moda parte de dos elementos relevantes. Por un lado, las tendencias, que son “las orientaciones colectivas de una época, de un país, de un grupo o de un creador que se afirman vigorosamente en el mercado” (Salas Pasuy, 2013, p. 150). Por otro lado, el estilo, que es la manera “particular de tratar la materia y las formas en miras de la realización de una obra (de arte)”, por lo que “el estilo es el conjunto de características de una obra que permiten clasificarla con otras en un conjunto que constituye un tipo estético” (p. 150).

A partir de estos dos elementos es que se puede empezar a producir moda siendo creativos, ingeniosos e innovadores. Dependiendo de si la creación es técnica, ornamental o artística se estará en un nivel de protección intelectual diferente. Por ello, es “necesario analizar el régimen de protección en el cual se enmarca esta industria creativa, toda vez que ella se orienta hacia dos ángulos: el de lo estético y el de lo funcional” (Salas Pasuy, 2013, p. 151).

De lo desarrollado anteriormente podemos concluir, como lo hace Chávez (2018), que la moda es una “manifestación de la cultura de una sociedad en un lugar y tiempo determinado. Por ello, con el transcurrir de los años ha pasado de cumplir un rol únicamente utilitario (necesidad básica de vestirse) a tener una finalidad estética” (p. 158). Este cambio debe verse reflejado, también, en las herramientas con las que cuentan los diseñadores y creadores de moda para proteger sus diseños.

A continuación, analizaremos las diferentes herramientas de la propiedad intelectual para proteger las creaciones de la moda.

4. Instrumentos de protección de la moda

La moda es una industria en la que la creatividad tiene una importancia trascendental, por lo que los bienes inmateriales son el principal activo de las empresas, las cuales invierten una gran cantidad de sus recursos en sus creaciones. Por esta razón, la propiedad intelectual tiene una importancia trascendental y es necesario encontrar la forma adecuada de protegerla.

La labor principal del creador de moda es elaborar modelos inéditos, lanzar regularmente líneas de vestido que son reveladoras de un talento singular, reconocido e irreprochable. Sin embargo, uno de los problemas es determinar cuál es el instrumento adecuado para proteger cada uno de los elementos de la industria.

La propiedad intelectual se encarga de la protección de las creaciones del intelecto y se divide en dos ramas: la propiedad industrial (patentes, modelos de utilidad, marcas, diseños industriales, secretos comerciales, variedades u obtenciones vegetales) y los derechos de autor y derechos conexos vinculados a obras literarias y artísticas. A continuación, veremos cómo se pueden utilizar estas ramas del derecho para proteger las creaciones de la moda e incluso si existe la posibilidad de obtener una protección acumulada, como lo sería el aspecto estético de la moda, que se puede proteger desde el derecho de autor como una obra de arte o arte aplicado y desde la propiedad industrial como un diseño industrial.

4.1. Derechos de autor

El derecho de autor protege la obra fruto del intelecto del ser humano en el campo de las obras literarias y artísticas, como lo son la obra escrita, la obra musical y las bellas artes. En México, la protección que otorga la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA), conforme a su artículo 5°, se concede desde el momento en que la obra ha sido fijada en un soporte material, sin importar el mérito, el destino o el modo de expresión. Por “fijación” se entiende la incorporación de los elementos en los que se haya expresado la obra o de las representaciones digitales de aquellos, que, en cualquier forma o soporte material, incluyendo los electrónicos, permita su percepción, reproducción u otra forma de comunicación.

El derecho de autor, conforme al artículo 11 de la LFDA, es el reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador –persona física– de obras literarias y artísticas en virtud de la cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter moral y patrimonial. Echeverría (2021) define “obra” como “toda creación intelectual original en el dominio literario, artístico o científico, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse” (p. 185).

La fracción XIII del artículo 13 de la LFDA establece que los derechos de autor reconocen a las obras de arte aplicado que incluyen diseño gráfico o textil. Respecto a las obras aplicadas, Salas Pasuy (2013) comenta que “las obras de arte aplicado, al igual que las otras clases de obras, requieren de originalidad, es decir que no han de constituir una reproducción similar o idéntica a una creación preexistente” (p. 153). La autora continúa explicando que para este tipo de obras “no interesa ni el mérito ni el destino, y justamente una de las características de la obra de arte aplicado es que ella [la obra] está ligada a una función utilitaria” (p. 153). En este sentido, todos los objetos utilitarios se ven afectados por una ornamentación, en especial los productos de la industria de la moda –como lo es la vestimenta– y, por lo tanto, susceptibles de ser protegidos como obras de arte aplicado.

Para que una obra sea protegida es necesario que se cumpla la condición de originalidad. Esta puede ser dividida en un punto de vista subjetivo y en uno objetivo.

Desde el punto de vista subjetivo, la originalidad está en el lazo entre el autor y su obra, esto es común en pintura, música y literatura. Esta tesis propone que una obra es protegida en la medida en que incorpora la personalidad de su creador. Sin embargo, esta postura ha sido criticada en la medida en que muchas veces el origen de una obra no es el reflejo de su creador. Desde el punto de vista objetivo, lo original se encuentra en que la obra sea única.

El criterio usado para el arte aplicado ha sido el de la elección creativa. Este criterio implica que las obras de arte aplicado deben contener un carácter creativo para ser protegidas y esto dependerá del uso de la libertad que exista al escoger la expresión (Salas Pasuy, 2013, p. 154). El carácter creativo, en este caso, es el que permite

determinar el carácter de individualidad de la obra en el caso de arte aplicado. Es decir que la libertad del creador no se encuentra restringida por la forma del objeto que adorna. A mayor libertad creativa y menor restricción por la forma del objeto, la obra podrá ser considerada una obra de arte aplicado. En el caso contrario, la elección creativa del autor se encuentra limitada por el objeto y la obra carece de originalidad.

Respecto a los derechos morales sobre la obra, conforme a los artículos 18 y 19 de la LFDA, le corresponden al autor como el único, primigenio y perpetuo titular, se consideran unidos al autor y son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables. El ejercicio de los derechos morales le corresponde al autor de la obra, a sus herederos y, en ausencia de estos, al Estado.

Por su parte, los derechos patrimoniales tendrán una vigencia, conforme al artículo 29 de la LFDA, de la vida del autor y cien años más después de su muerte; además, los derechos patrimoniales estarán vigentes durante cien años después de ser divulgadas las obras.

Comúnmente, la moda ha sido excluida del derecho de autor porque una prenda de vestir o una joyería es un artículo que tiene un propósito utilitario que es combinado con una expresión creativa del diseñador. Sin embargo, ciertos elementos sí pueden considerarse obras de arte si son separables de la prenda. En este sentido, un dibujo bidimensional sí se encuentra protegido como una obra de arte, como lo puede ser el diseño que se estampa en una prenda o los bocetos que plasma el diseñador de su obra en un soporte material, pero el convertir el diseño en una prenda tridimensional no está protegido por el derecho de autor, ya que es objeto de utilidad práctica.

Respecto a la moda y al derecho de autor, la protección se puede otorgar, pero de forma limitada, ya que no podrían protegerse todos los elementos que se encuentran en la industria, sino solamente los diseños que después serán usados como ornamentos o estampados, es decir, como arte aplicado. No todas las creaciones de la moda pueden ser consideradas como obras de arte aplicado, solo “aquellas que constituyan o incorporen una creación artística original, como podría ser un diseño, dibujo o patrón original, en el cual se refleje su impronta o creatividad” (Chávez Valdivia, 2018, p. 160). Sin embargo, los criterios de originalidad en este sentido son complicados

de cumplir, ya que se debe tomar en cuenta la originalidad y creatividad de la obra y que esta no dependa o se encuentre limitada por la funcionalidad o forma del objeto en el que se va a plasmar.

4.2. Marcas

Conforme al artículo 171 de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial (LFPI), se entiende por “marca” a todo signo perceptible por los sentidos y susceptible de representarse de manera que permita determinar el objeto claro y preciso de la protección, que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado.

De la definición anterior se desprende que también se pueden registrar en México marcas tridimensionales, sonidos, olores y lo que se conoce como *trade dress*. Márquez (2021) define el *trade dress* como “el conjunto de elementos de apariencia e imagen del producto o servicio que los hacen inconfundibles en el mercado” (párr. 3). Este tipo de marcas puede servir, por ejemplo, para que un negocio de servicios registre la forma en la que presenta sus escaparates, los colores con los que adorna el local, la forma y tipo de muebles que usa, la forma en la que acomodan los productos y el aroma del establecimiento, entre otros elementos. Por su parte, el despacho BASSAHM (2018) explica que un *trade dress* puede componerse de “la decoración del establecimiento, *layout* arquitectónico, colores, diseños, forma, fachada del edificio y, en el caso de restaurantes, menús, así como cualquier otro elemento utilizado para distinguirse de su competencia” (s.p.).

Las marcas sirven para que los consumidores puedan relacionar y asociar el origen de productos o servicios, diferenciar estos de los de la competencia, establecer una relación entre el origen de los productos y una garantía de calidad y servir de elemento publicitario haciendo que el consumidor identifique determinados productos con la marca con la cual se comercializa.

Conforme al artículo 178 de la LFPI, el registro de marca tendrá una vigencia de diez años contados a partir de la fecha de su otorgamiento y podrá renovarse por periodos de la misma duración.

Respecto a la moda, una marca sirve para distinguir los productos

que se ofrecen de los de la competencia. Esto ayuda a generar en el consumidor una relación entre la calidad de los productos y su origen a partir de un signo distintivo. Este uso de un signo es el más común y el que más relacionamos con una marca de moda, porque no solo se vincula con productos para diferenciarlos de la competencia, sino que también implica un reconocimiento de su calidad y, a su vez, de la valoración social de la marca y de los productos que representan derivado de un valor extrínseco relevante del producto.

De igual forma, el *trade dress* es un elemento relevante para las empresas de moda, en especial cuando estas cuentan con diversas sucursales o franquicias. El *trade dress* en este contexto permite unificar la imagen comercial, ya que “le asigna al establecimiento una identidad propia que conforma su imagen” (Jalife Daher, 2020, p. 113) y con la que se busca ser atractivos para el cliente y lograr una mejor relación marca-cliente.

En este contexto también resultan relevantes las marcas no tradiciones que son perceptibles por los sentidos, como las marcas olfativas. Muchas marcas de moda han logrado distinguir los olores de sus tiendas a través de aromas específicos e incluso exclusivos para que los consumidores puedan relacionar ese olor con una marca de moda en concreto. Estos aromas se pueden proteger como marca en México conforme al artículo 172, fracción VI, de la LFPPI.

También resultan relevantes para la industria de la moda las marcas tridimensionales. Estas ocasionan que cuando un consumidor ve un producto pueda asociarlo directamente con una determinada empresa porque difiere de la forma habitual que adoptan esos productos. Este tipo de marcas son usadas comúnmente en la industria de la perfumería, en la cual son reconocidas las formas de los envases de los perfumes, lo cual llega a distinguirlos y diferenciarlos de los envases de otros productos similares. Para que las formas tridimensionales puedan registrarse como marca es necesario tener en cuenta que, conforme al artículo 173, fracción II de la LFPPI, estas no pueden ser del dominio público, del uso común, carecer de distintividad, corresponder a la forma usual y corriente de los productos ni estar impuesta por la naturaleza o funcionalidad de los productos.

Otro tipo de marcas relevantes para la protección de la moda son las conocidas como “marcas de posición”, que son las que protegen

la ubicación concreta en la que se coloca el signo distintivo en un producto. Al presentar estas marcas, se expone la forma del producto de forma punteada para dejar claro que esa forma solo es ejemplificativa de la posición en la que se colocará la marca en el producto.

El ejemplo más conocido de este tipo de marcas son las tres rayas de Adidas, que se colocan en la parte superior del calzado entre los cordones y la suela. Otro ejemplo es la suela color rojo de la marca de zapatos Louboutin, con la peculiaridad de que esta también ha registrado la suela distintiva como una marca de color.

Otra marca utilizada en la industria de la moda son las marcas patrón. Se componen de un conjunto de elementos que se repiten sistemáticamente y se utilizan para proteger estampados, que se conforman por la reiteración secuencial del logo o por estampados que, debido a la fama de la marca, ya distinguen a una empresa de las demás en la industria. Ejemplos del uso de la marca patrón son los estampados de Louis Vuitton, Gucci, Fendi, Coach y Burberry.

4.3. Patentes y modelos de utilidad

La patente es un documento en el que se describe la invención y se crea una situación jurídica por cual la invención patentada solo puede ser fabricada, utilizada, vendida e importada por el titular de la patente o con la autorización de este, y por el derecho exclusivo que la ley le concede a su inventor por una invención y por un plazo y territorio determinados. Conforme al artículo 36 de la LFPPI, una patente otorga el derecho exclusivo y temporal de explotación de la invención en su provecho, por sí o por otros con su consentimiento. El artículo 46 de la LFPPI define “invención” como “toda creación humana que permita transformar la materia o la energía que existe en la naturaleza, para su aprovechamiento por el hombre y satisfacer sus necesidades concretas”.

Conforme al artículo 45 de la LFPPI, para que una invención obtenga el registro de patente es necesario que sea nueva, que sea producto de una actividad inventiva y que tenga aplicación industrial.

El requisito de novedad se refiere a que la invención no se encuentre en el estado de la técnica, y si se encontrara, que su uso sea nuevo. Por “estado de la técnica” se entiende al conjunto de conocimientos

técnicos que se han hecho públicos mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información en el país o en el extranjero.

Por “actividad inventiva” se entiende al proceso creativo cuyos resultados no se deducen del estado de la técnica en forma evidente para un técnico en la materia.

Por “aplicación industrial” se entiende la posibilidad de ser producido o utilizado en cualquier rama de la actividad económica.

En México, conforme al artículo 54 de la LFPPI, la patente tendrá una vigencia de veinte años, improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

Por su parte, los modelos de utilidad, conforme al artículo 59 de la LFPPI, son los objetos, utensilios, aparatos o herramientas que, como resultado de un cambio en su disposición, configuración, estructura o forma presenten una función distinta respecto a las partes que lo integran o ventajas en su utilidad. Para poder registrar un modelo de utilidad es necesario que sean nuevos y susceptibles de aplicación industrial.

La novedad en un modelo de utilidad difiere a la de la patente en el sentido de que no se alcanza un desarrollo tecnológico similar. En un modelo de utilidad, la creación debe tener una función distinta o ser una mejora en cuanto al funcionamiento de productos ya existentes. Se trata de una mejora a una invención que ya se encuentra en el estado de la técnica y que le otorga una nueva utilidad o ventaja.

En México, conforme al artículo 62 de la LFPPI, la patente tiene una vigencia de quince años, improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

La importancia de las patentes y de los modelos de utilidad para la moda existe cuando se generan invenciones para mejorar los procesos en la industria. Puede ser en la industria textil, con un nuevo producto o proceso para la manufactura de textiles, o de insumos para la producción de joyería o marroquinería. También puede suceder que se desarrolle algún producto que tenga aplicación en la industria de la moda, como sucede con las prendas deportivas en las que la tela tiene características específicas, y muchas veces se trata de un producto desarrollado de forma expresa para solucionar un problema en la industria, como lo fue la tela impermeable. Tam-

bién sucede que se desarrollan procedimientos para la aplicación en la industria textil, como puede ser el plisado de tela, creado por Mariano Fortuny. Sin embargo, respecto a las patentes y al mundo de la moda, el proceso es demasiado lento y los estándares de novedad demasiados estrictos para ser explotados recurrentemente por la industria.

Un ejemplo de la aplicación de patentes para la industria de la moda lo encontramos con la compañía Singer, que en 1851 patentó su máquina de coser accionada por un pedal. Asimismo, en 1873, Jacob Davis y Levi Strauss patentaron los bolsillos remachados de sus pantalones vaqueros. La invención consistía en unos pantalones de trabajo elaborados para mineros con tela resistente y bolsillos traseros decorados con un ribete. En 1823 se patentó la primera tela impermeable de Charles Macintosh; posteriormente, en 1853, John Emary patentó el primer tejido de lana impermeable, que fue utilizado para las gabardinas de los militares ingleses en la guerra de Crimea y en las guerras mundiales. En 1888, Burberry patentó su propio tejido impermeable. Por su parte, la empresa Dupont ha patentado diversos materiales, como el nailon, el neopreno, el teflón y la *lycra*. Estos son solo unos ejemplos del papel que han tenido las invenciones y sus patentes en la industria de la moda.

4.4. Secretos industriales

Por secreto industrial, conforme al artículo 163, fracción I, de la LFPI se entiende:

[...] a toda información de aplicación industrial o comercial que guarde la persona que ejerce su control legal con carácter confidencial, que signifique la obtención o el mantenimiento de una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma.

La información considerada un secreto industrial podrá constar en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos,

microfilmes, películas o en cualquier otro medio conocido o por conocerse.

Para proteger un secreto industrial en México no es necesario un registro de la información, sin embargo, es recomendable que se cumpla con algunos requisitos.

El primero es el control legal de la información por parte de quien la posee. Sin embargo, como explica Jalife Daher (2020), la mayoría de las veces “la información respectiva es solo el resultado de experiencias acumuladas a lo largo del tiempo, que dan a la empresa un conocimiento particular que le ofrece una ventaja específica en un campo de actividad determinado” (p. 103). En este sentido, es difícil obtener la documentación necesaria que acredite el control legal de la información.

Sin embargo, se pueden generar distintos elementos probatorios para asegurar y demostrar el control legal de la información. Uno de estos elementos es dar fecha cierta a la información, como lo es presentarla ante un notario u obtener una certificación de conservación de mensaje de datos. Lo último únicamente es posible si la información consta en un soporte digital. Esto permite tener certeza que, a partir de una fecha determinada, se tenía posesión y control legal de la información.

Otro método con el que se puede asegurar el control legal es a través de la firma de contratos con cláusulas de confidencialidad o de convenios de confidencialidad con las personas que tengan acceso a la información considerada secretos industriales. En estos contratos, se le hace saber a la persona que la información a la que va a tener acceso es confidencial y que no podrá divulgarla. Es recomendable que la información confidencial se adjunte en un anexo al contrato y asegurarse de que este sea resguardado. La misma práctica es recomendable para los contratos de franquicia.

El segundo requisito es que la información tenga aplicación industrial o comercial. No cualquier información puede ser considerada como un secreto industrial. Es necesario que tenga una aplicación para la industria o de forma comercial, es decir, que sea una propuesta de solución novedosa para un problema en el mercado o una forma distinta de hacer algo y que dé ventaja respecto a los demás competidores.

El tercer requisito es que la información considerada secreto industrial otorgue una ventaja competitiva. Esta no tiene que ser real, sino que con que sea potencial basta. Si la información que se tiene de una potencial ventaja competitiva es suficiente, no es necesario que los beneficios de la información se hayan materializado para que se considere que debe mantenerse en secreto.

El último requisito es que la información sea secreta o que no se encuentre en el dominio público. Este requisito también se entiende como el hecho de que se tomen las medidas adecuadas para asegurar la confidencialidad y secreto de la información. Esto se logra teniendo controles de seguridad de la información y tomando en cuenta medidas materiales y técnicas.

Las medidas materiales pueden ser el tener la información en un área restringida con el acceso controlado y la implementación de contratos, cláusulas de confidencialidad y avisos de confidencialidad para notificarles a las personas que se encuentran ante información confidencial que no debe ser divulgada.

Por medidas técnicas podemos entender los accesos restringidos dentro del sistema de la empresa para conocer la información confidencial, bloqueo mecánico y técnico que evite copiar la información a memorias externas o el acceso a páginas de internet donde se pueda comprometer la información.

La información se considera de dominio público –conforme al artículo 163, fracción I, párrafo tercero de la LFPPI– cuando es generalmente conocida o de fácil acceso para personas dentro de los círculos en los que normalmente se utiliza la información o la que debe ser divulgada por disposición legal o por orden judicial. Sin embargo, es posible darle un tratamiento especial a la información de dominio público para que aporte algo novedoso que no es conocido o de fácil acceso y que así sea considerada un secreto industrial.

Respecto a la industria de la moda, los secretos industriales son una herramienta útil de protección ya que ayudan a proteger y tener control sobre todos aquellos elementos que hacen que una empresa se distinga de las demás en el mercado. La información que se puede proteger con esta figura es variada, como las listas de proveedores y de clientes, métodos de producción y técnicas de acabados de productos, diseños, organización de los pasos de manufactura, manua-

les de organización de los productos en las tiendas y análisis de los mercados sobre las tendencias en la industria de la moda, entre otros.

4.5. Diseños industriales

La figura de diseño industrial es una de las más utilizadas en la industria de la moda. Echeverría (2021) define a los modelos y diseños industriales como “las formas o aspectos incorporados o aplicados a un producto que le confieren carácter ornamental, constituyendo una nueva forma o aspecto de tal modo de hacerlo más agradable y de atraer al consumidor” (p. 184). Carbajo Cascón (2021) comenta que, ante las limitaciones en la tutela de los derechos de los diseñadores y casas de moda, estos regresan al “diseño industrial, que protege la innovación en el sector de las formas industriales bidimensionales (dibujo) y tridimensionales (modelos), y, en su caso, el derecho de autor sobre los diseños entendidos como obras de arte aplicadas a la industria” (p. 140). Esta figura es muy socorrida por la industria de la moda, ya que ayuda a proteger no solo diseños ornamentales, sino también figuras tridimensionales.

Un registro de diseño industrial confiere un derecho exclusivo de explotación concedido por el Estado a la persona que realiza un diseño industrial o que es titular del diseño (artículos 36 de la LFPPI).

Los diseños industriales comprenden tanto a los dibujos industriales como a los modelos industriales. Conforme al artículo 66, fracción I de la LFPPI, los dibujos industriales son toda combinación de figuras, líneas o colores que se incorporan a un producto industrial o artesanal con fines de ornamentación y que le dan un aspecto peculiar y propio. Por su parte, los modelos industriales son, conforme al artículo 66, fracción II de la LFPPI, constituidos por toda forma tridimensional que sirve de tipo o patrón para la fabricación de un producto industrial o artesanal, que le dé apariencia especial en cuanto no implique efectos técnicos, es decir, que le otorgue funcionalidades. Los dibujos industriales incluyen los patrones y la ornamentación, mientras que los modelos industriales abarcan los productos y el embalaje.

Para que un diseño industrial sea registrable, es necesario que cumpla con dos requisitos: que sea nuevo y que sea susceptible de aplicación industrial.

Por “aplicación industrial” se entiende que el diseño industrial debe ser susceptible de ser producido o de ser utilizado en cualquier rama de la actividad económica (Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, s.f., p. 7).

Conforme al artículo 67, fracción I de la LFPPI, la característica de novedad implica que el diseño sea de creación independiente y difiera en grado significativo de diseños conocidos o combinaciones de características conocidas de diseños. Para esta definición se entenderá por “creación independiente” (artículo 67, fracción II de la LFPPI) cuando ningún otro diseño industrial idéntico haya sido hecho público antes de la fecha de presentación de la solicitud. Se consideran idénticos los diseños industriales cuyas características difieran solo en detalles irrelevantes. En el mismo sentido, para la definición de “diseño industrial” se entenderá por grado significativo, también conocido como carácter singular (artículo 67, fracción III de la LFPPI), la impresión general que el diseño industrial produce en un técnico en la materia y que difiere de la impresión general producida por cualquier otro diseño industrial que se haya hecho público antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro, considerando el grado de libertad del diseñador para la creación del diseño industrial.

La protección que confiere la LFPPI al diseño industrial no abarca, conforme al artículo 68, los elementos o características que estuviesen dictados únicamente por las funcionalidades del objeto y que no incorporen ningún aporte arbitrario del diseñador. Tampoco se protegerán los elementos cuya reproducción exacta es necesaria para permitir que el producto sea montado mecánicamente o conectado a otro producto del cual constituya una parte o una pieza integrante.

El registro de los diseños industriales tendrá una vigencia, conforme al artículo 78 de la LFPPI, de cinco años contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud y se podrá renovar por períodos sucesivos de la misma duración hasta un máximo de 25 años.

Los dibujos industriales en la industria de la moda están estrechamente relacionados con el estampado que se imprime en los diseños textiles o en diversos productos y con una gran variedad de objetos de la industria de la moda, como lo son relojes, joyas y artículos de lujo, entre otros.

El derecho europeo, a diferencia del derecho mexicano, cuenta con una distinción de diseño industrial que es relevante para la industria moda. Por un lado, tiene los diseños registrados, que es la categoría con la que cuenta México y que ya ha sido explicada, pero, al mismo tiempo, tiene la figura de los diseños no registrados, que se enfoca en proteger las creaciones con ciclos de vida cortos, como sucede en la industria de la moda.

Esta figura se encuentra regulada en el Reglamento (CE) 6/2002 sobre los modelos y dibujos comunitarios de la Unión Europea (Reglamento 6/2002). Respecto a esta figura, Alegret Rodeja (2020) comenta lo siguiente:

El diseño no registrado es una figura muy interesante y útil para la industria de la moda, la cual presenta nuevas colecciones –diseños– cada seis meses (sin tener en cuenta el *fast fashion*, que renueva producto prácticamente casi cada quince días) como prendas de vestir, zapatos, bolsos, complementos, etc. Dicha figura tiene una protección comunitaria específica frente a los actos de explotación no autorizada de las copias del diseño, y su duración es de 3 años a partir de la fecha en la que se haya hecho accesible al público por primera vez en la Unión Europea. Se trata, pues, de una protección que no se vincula a ningún registro, sino a su divulgación, y su alcance es menor al del diseño registrado. (p. 7)

La ventaja que tiene el diseño industrial registrado en comparación con el no registrado es que el primero da una protección más amplia y es útil para proteger diseños que se mantienen temporada tras temporada, por lo tanto, el trámite y la protección más amplia y de larga duración tienen más sentido para protegerse ante las falsificaciones.

Entonces, las dos figuras buscan proteger dos elementos de la moda distintos, pero relacionados. El hecho de que una colección de moda tenga un ciclo de vida muy corto y que sea necesario renovar un diseño o un estampado de una temporada a otra hace poco atractiva a una herramienta de protección que implica un costo adicional, que conlleva un trámite que dura varios meses y que tiene una protección mayor al tiempo de vida del producto; esto ocasiona que

solo haya interés en proteger los diseños que distinguen a la empresa y que se mantienen temporada tras temporada. Por esta razón, el diseño industrial no registrado ofrece una opción de protección que se adecúa a las necesidades de la industria de la moda.

El objeto de protección del diseño industrial gira en torno a la apariencia de un producto, es decir, a todos los elementos del aspecto exterior de un producto o de una parte de un producto. Se busca darle una apariencia especial al producto y hacerlo más atractivo al consumidor o usuario potencial. En este sentido, Carbajo Cascón (2021) comenta que los diseños de productos de moda son creaciones estético-industriales cuya sede natural en la propiedad intelectual es el derecho de diseños industriales, que “protege la forma u ornamento de productos fabricados en serie destinados al mercado, buscando la singularidad para distinguirse de los productos de los competidores y como reclamo para el consumidor” (p. 140). En este sentido, los diseños industriales buscan apelar al consumidor para resultarles más atractivos.

La relación que encontramos entre los diseños industriales y la industria de la moda es que estas figuras ayudan a proteger diversos elementos ornamentales de los productos. Esto tiene especial relevancia cuando estamos hablando de una industria que tiene un especial énfasis en los estampados que se presentan en los productos que se comercializan. Lo mismo sucede con las formas novedosas que se les dan a los objetos. Estos estampados y formas ayudan a que los productos sean llamativos y deseados por los consumidores, por lo que es necesario que sean protegidos y que la protección sea adecuada para una industria dinámica, como lo es la de la moda. En cuanto a esto, no solo nos encontramos con los estampados en los textiles, sino también en zapatos, bolsos, carteras y objetos electrónicos, entre otros.

De lo analizado anteriormente podemos concluir que en lo que respecta a la industria de la moda, encuentra su fuente de protección más amplia en el derecho de autor y en los diseños industriales. Aunque es claro que estas no son las únicas formas de protección posible, son las más utilizadas. Es cierto que la protección en la industria de la moda también se puede encontrar en las marcas, en las patentes y en los secretos industriales, pero la protección que otorgan estas

figuras no se adapta a una industria con ciclos de comercialización de los productos en periodos cortos, como lo es en esta industria. Sin embargo, no podemos olvidar que cada una de estas figuras atiende a necesidades de protección distintas y tiene necesidades y regímenes jurídicos diferentes.

5. Protección acumulada

Una vez analizadas las figuras de la protección intelectual a través de las cuales se pueden proteger las creaciones de la industria de la moda, procederemos a estudiar la posibilidad de obtener una protección acumulada a través de estas figuras.

La protección acumulada, explica Maité Iturralde Muñoz, es el supuesto en el que una creación intelectual o un bien intangible valioso comercial o industrialmente, son protegidos de forma simultánea tanto por una o más figuras de la Propiedad Industrial como por una o más figuras del Derecho de Autor. (como se citó en Tapia, 2017, p. 4)

Ya se mencionó la convergencia que puede darse entre la protección de diseños industriales y obras de arte aplicado. Pero la protección acumulada no se limita a estas figuras, sino que también puede converger con la protección de obras artísticas, marcas tridimensionales, patentes y modelos de utilidad. Además, se deberá atender a lo que establezca cada legislación para determinar el nivel de protección y de acumulación (total, excluyente o parcial) que se les otorga a los diseños industriales.

Antes de empezar a analizar las diferentes posturas que existen sobre la protección acumulada es necesario entender que es un tema que no ha tenido una única respuesta y que ha formado parte de las discusiones en foros internacionales sobre propiedad intelectual durante el siglo XXI. Por ejemplo, en abril de 2000, en Sorrento (Italia), la Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Intelectual (AIPPI) abordó el tema de marcas tridimensionales, la frontera entre marcas y diseños industriales, en el que se concluyó que “las formas tridimensionales pueden protegerse tanto por

medio de diseños industriales como por medio de marcas, siempre y cuando satisfagan los requisitos usuales para cada modalidad de protección” (Tapia, 2017, p. 2). Otro ejemplo sucedió en 2012, durante el Cuadragésimo Tercer Congreso Mundial de la Propiedad Intelectual, llevado a cabo en Seúl (Corea), en el que la AIPPI abordó el tema de la interacción (interrelación) ente la protección de los diseños y del derecho de autor para productos industriales, llegando a la conclusión de que la protección por derechos de autor debe estar disponible para los productos industriales sin la necesidad de registro del derecho de propiedad intelectual (Tapia, 2017, p. 3).

A continuación se analizarán tres distintas aproximaciones a esta figura: el sistema de protección acumulada, que se representa con la teoría de la unidad del arte, el sistema de no acumulación y el sistema de protección parcial.

En primer lugar, veremos la posibilidad de obtener una protección acumulada. La teoría de la unidad del arte –o el sistema de la protección acumulada– ha permitido establecer un cúmulo de protección para las creaciones de indumentaria y de moda. Esta teoría implica que el titular de un diseño industrial “puede verse beneficiado de la protección que emana en el campo de los diseños industriales y a su vez de la que proviene de la obra de arte aplicada” (Salas Pasuy, 2013, p. 158), siempre y cuando cumpla con los requisitos para proteger tanto un diseño industrial como una obra de arte aplicado. La posibilidad de obtener una protección acumulada ayuda a ampliar el tiempo de protección. Como hemos visto en la legislación mexicana, la protección por diseño industrial es de hasta 25 años, mientras que la protección de derecho de autor es durante toda la vida del autor, además de cien años después de su muerte, por lo que podemos ampliar considerablemente el tiempo de protección con la posibilidad de obtener una protección acumulada.

En el derecho comunitario, el Reglamento 6/2002, en su artículo 96, facultó a los Estados miembros para establecer una protección acumulada, siempre y cuando fijen en la legislación local el alcance y las condiciones de dicha protección.

En contraste con la teoría de la unidad del arte está la teoría de la no acumulación o de la separación absoluta, la cual expone una separación rígida entre el derecho de propiedad industrial y el dere-

cho de autor. Se debe decidir entre la protección de una rama de la propiedad intelectual o de la otra.

Este sistema de no acumulación busca evitar la duplicidad, ya que una protección acumulada sería superflua, por lo que se tiende a dar preeminencia a la propiedad industrial sobre el derecho de autor por el nivel de exigencia de los requisitos para otorgarla. Esto lleva a que el hecho de que el objeto a proteger tenga un fin industrial determine que no se pueda proteger por el derecho de autor, aunque tenga un aspecto estético que pueda separarse del aspecto utilitario. Esto busca impedir que las creaciones funcionales eludan tanto las estrictas exigencias de la legislación de propiedad industrial como el destino de las invenciones, es decir que, una vez cumplido el periodo de protección, caiga en el dominio público.

Como un punto intermedio a las dos teorías y sistemas anteriores existe la posibilidad de admitir una acumulación parcial, “esta última quiere significar que el régimen de la propiedad industrial y el del derecho de autor pueden subsistir mientras que se demuestre una originalidad suficientemente marcada” (Salas Pasuy, 2013, p. 158). Respecto a esta postura, Tapia (2017) comenta que se puede otorgar protección acumulada “siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones que tienen que ver con la apreciación de carácter subjetivo, como la ‘altura creativa’ o la posibilidad de ‘separar’ el aspecto artístico del aspecto industrial” (p. 8). La diferencia aquí es que la existencia de una finalidad industrial no excluye la posibilidad de acumular protecciones, simplemente la condiciona al cumplimiento de requisitos concretos. Este sistema permite, a su vez, un análisis de dos teorías para su entendimiento: la de la disociación y la de la altura creativa.

La teoría de la disociación establece que para determinar la procedencia de la protección acumulada es necesario poder separar las características de la creación intelectual de la del diseño industrial para determinar si se es posible apreciar el aspecto artístico de forma independiente del aspecto utilitario. Si se logra disociar el aspecto artístico del aspecto utilitario, entonces sí es posible obtener una protección acumulada.

Por su parte, la teoría de la altura creativa establece que “una creación protegible por Propiedad Industrial, por haber sido creada

para fines comerciales o industriales, será susceptible de protección acumulada por Derecho de Autor siempre que cuente con cierto grado de ‘altura artística’ o un ‘nivel creativo superior’” (Tapia, 2017, p. 16). Si no se cuenta con este nivel creativo, la protección tendrá que ser desde la Propiedad Industrial. Uno de los problemas de este enfoque es que la posibilidad de acumulación de protección depende de un elemento completamente subjetivo del inspector, ya que habrá que calificar si un diseño industrial es original y especialmente creativo para poder acceder a la protección acumulada como arte aplicado. Sin embargo, no es común que se establezcan criterios o lineamientos para determinar qué se entiende por un nivel creativo superior, por lo que la posibilidad de ser protegido como una obra de arte aplicado queda a la interpretación y arbitrio del inspector y su percepción del objeto a analizar.

5.1. Protección acumulada en el sistema normativo mexicano

En México, en un principio se adoptó el sistema de la no acumulación y, con posterioridad, el de la acumulación absoluta. Aunque actualmente se cuente con un sistema de protección absoluta, se tienen ciertas excepciones, como por ejemplo los programas de computación, que se pueden proteger como obras, pero no como patentes, y las variedades vegetales, que están protegidas por la Ley Federal de Variedades Vegetales, pero no se pueden proteger como patentes.

La primera aproximación que encontramos a un sistema de acumulación en la legislación mexicana es en la Ley Federal sobre el Derecho de Autor de 1948, que en su artículo 5° dispone que “Las obras de arte que solamente puedan tener aplicación industrial no estarán protegidas por esta ley”. Esta adopta el sistema de la no acumulación al establecer que el hecho de que una obra tenga una aplicación industrial niega completamente la posibilidad de ser protegida por el derecho de autor, dándole así una preeminencia a la propiedad industrial.

Es con la Ley Federal sobre el Derecho de Autor de 1956 que se adopta la protección acumulada. El artículo 3° establece: “Las obras de arte serán protegidas, como tales, independientemente del fin a que puedan destinarse”. Este cambio elimina la restricción que

se encontraba en la ley de 1948, que ocasionaba que al existir una aplicación industrial, se tuviera que decantar la protección por la propiedad industrial.

Esta postura es la que continúa en la LFDA vigente, ya que en su artículo 5° establece que “La protección que otorga esta Ley se concede a las obras desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material, independientemente del mérito, destino o modo de expresión” En esta versión del artículo 5° se ha cambiado el “independientemente del fin a que puedan destinarse” por “independiente del mérito, destino o modo de expresión”, por lo que se sigue teniendo la posibilidad de optar por una protección acumulada independientemente de si la obra puede tener aplicación industrial o no.

Sin embargo, los tribunales han aclarado que para otorgar la protección como arte aplicado es necesario que la obra sea original y genere una sensación de agrado en las personas que la aprecien. En 2009, la Sala Especializada en materia de Propiedad Intelectual del entonces Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa se pronunció sobre el requisito de originalidad en una obra de arte aplicado en la sentencia 17/08-EPI-01-4. En esta resolución se establece que para determinar cuándo una obra puede registrarse se debe atender a su originalidad, ya que el objeto de protección del derecho de autor es la capacidad creativa del autor y esto es lo que lo hace diferente de las demás obras. También se debe tener en cuenta la estética de la obra, ya que es necesario que genere una sensación de agrado al público al que va dirigido, es decir, debe generar sensaciones en quien la aprecie. De esta manera, para registrar una obra de arte aplicado no solo es necesario que sea original –en el sentido de que no haya sido creada por otros– y que tenga utilidad práctica, sino que también debe cumplir con un requisito de estética, ya que su finalidad artística es generar sensaciones en las personas que la aprecian.

Uno de los ejemplos más comunes de protección acumulada que podemos encontrar es el de los diseños industriales con relación a las obras de arte aplicado. Como hemos explicado con anterioridad, los diseños industriales son muy usados en la moda, lo cual permite más oportunidades de protección para sus creadores y para la industria. Estos objetos se pueden proteger por el derecho exclusivo sobre los

dibujos o modelos industriales y, a la vez, por el derecho de autor sobre los diseños que presentan una forma artística y que pueden ser considerados como obras de arte aplicado.

6. Problemas de novedad

Hemos hablado de la importancia que tiene la figura de diseño industrial para la protección de la moda y que existe la posibilidad de obtener una protección acumulada a través de la figura de arte aplicado. Pero hay un tema que consideramos necesario abordar y es la definición de “novedad” para la protección de la industria de la moda.

Como hemos mencionado, para la LFPPI, la novedad para los diseños industriales implica que el diseño sea de creación independiente y difiera en grado significativo de diseños conocidos o de combinaciones de características conocidas de diseños. Sin embargo, la doctrina ha desarrollado una distinción más clara al respecto. En este sentido, se puede distinguir la novedad en el diseño industrial como absoluta o relativa.

La novedad absoluta considera todas las divulgaciones anteriores haciendo abstracción territorial y temporal. Por su parte, la novedad relativa está limitada ya sea territorialmente o por si se permite la protección de objetos nuevos inspirados en objetos anteriores que se encuentran en el dominio público, como es la unión de diversos elementos ya conocidos, de forma separada, para obtener un nuevo objeto.

Otra distinción de la novedad es en sentido objetivo y en sentido subjetivo. La novedad objetiva es la ausencia de anterioridad, como sucede para todo el derecho de propiedad industrial. Por su parte, la novedad subjetiva está relacionada con la condición de originalidad y busca que el diseño industrial represente la personalidad del autor en la expresión de la obra.

La novedad en términos subjetivos llegó a ocasionar problemas en los tribunales europeos a finales del siglo pasado, en especial en los franceses, ya que “consideraron que para que los dibujos y modelos industriales tuvieran protección se requería que este [diseño industrial] reflejara la personalidad del autor” (Salas Pasuy, 2013, p.

156). En este sentido, se buscaba que el diseño industrial no solo no tuviera anterioridades que reprodujeran íntegramente todas las piezas, sino que además era necesario, para considerar el diseño como nuevo, que constituyera una creación de carácter original, decorativo u ornamental que dé testimonio de la interpretación individual del autor. Este requisito parecía estar más relacionado con una obra de arte aplicado que con un diseño industrial.

Posteriormente se adoptó la novedad objetiva y absoluta en materia de diseños industriales para el derecho de la Unión Europea. Un diseño industrial se considerará nuevo cuando no se haya hecho público uno idéntico y se tendrá como idéntico cuando sus características difieran tan solo en detalles insignificantes. Es decir, se acoge el criterio de novedad objetiva y absoluta.

No solo es importante determinar qué elementos son necesarios para poder otorgar la novedad, sino que también se debe prestar atención a los requisitos que hacen que la novedad del objeto se pierda. En este sentido, Torres Zapata (2021, párr. 2) comenta que para poder determinar la novedad es necesario saber cuándo se destruye esta, porque la forma o apariencia del producto deja de ser nueva. Esto se logra con el análisis de los diseños anteriores que se hayan hecho públicos. Esto es relevante para la industria de la moda, ya que “las tendencias y los diseños no siempre surgen de la nada, sino que son producto de varios elementos que toma el diseñador de lo que ya ha visto o conocido por haberse encontrado o encontrarse actualmente en el mercado” (Torres Zapata, 2021, párr. 3).

Por su parte, Salas Pasuy (2019, p. 50) comenta que lo que destruye la novedad en el diseño industrial es que este sea idéntico a otro en toda la pieza, es decir, cuando el diseño utiliza los mismos elementos o una combinación de estos y, en consecuencia, se trata del mismo diseño. Sin embargo, esto tiene una excepción y es que el resultado de la combinación de elementos que se encuentran en otros diseños industriales ya divulgados dé como resultado un diseño distinto. No es problemático que los elementos que componen el nuevo diseño industrial se encuentren en el estado del arte, ya que de estos se ha generado un nuevo diseño que difiere de los anteriores y no es idéntico a otro en la totalidad de la pieza.

Sin embargo, en el derecho de la Unión Europea hay posturas

encontradas respecto a este punto. Por un lado, están los tribunales franceses, que han determinado que la novedad se destruye cuando el diseño industrial divulgado es idéntico al que se pretende registrar, en el sentido de que sea igual en toda la pieza. No obstante, los tribunales han establecido excepciones a esta regla general. La novedad se puede destruir cuando el diseño industrial es una combinación de elementos separados que pertenecen a un mismo fondo común de la moda (Torres Zapata, 2021, párr. 6). Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia del 13 de mayo de 2015 en el asunto T-15/13, ha sido enfático en aclarar que la novedad sí es afectada por la combinación de elementos de anterioridades aisladas.

La novedad es uno de los elementos determinantes para proteger un diseño industrial, ya que es necesario que este sea nuevo y de aplicación industrial. Como la industria de la moda se inspira en diseños del dominio público, en diseños básicos, en diseños de otras culturas y de otras épocas, es muy importante tener la capacidad para argumentar que la combinación de los diseños ya existentes da origen a un diseño completamente nuevo y, por lo tanto, cumple con el requisito de novedad, y que el hecho de que algunos de los elementos que lo componen se encuentren en el estado del arte no destruye la novedad, ya que la totalidad del diseño industrial es distinta a las piezas existentes y lo relevante es el conjunto de los elementos y no los elementos en sí mismos.

7. Conclusiones

En una economía tan competitiva como la actual, en la que la industria de la moda cuenta con actores establecidos —como lo son las marcas multinacionales— y de reciente aparición, con actores de alcance local e internacional, con actores que producen miles de piezas de forma masificada o de forma artesanal, es necesario tener los elementos para que cada uno de ellos destaque de los demás en el mercado.

Lograr diferenciarse y distinguirse de los demás se puede lograr a través de diversas formas: un logo llamativo, una tienda u olor distinguible, estampados exclusivos, materiales únicos o la sensación

de pertenencia a una comunidad. Para lograr esta distinción, las empresas de la industria de la moda invierten una cantidad importante de sus recursos creativos, humanos y económicos para innovar y ofrecerles algo distintivo a los consumidores.

En la medida en que las empresas lo logren y que los consumidores relacionen la marca, la forma, el estampado, el aroma o la invención con una empresa determinada y con el origen y calidad del producto, entonces es más probable que la empresa sea rentable en el mercado. La creatividad y la innovación son de los activos más relevantes e importantes que tienen las empresas en la industria de la moda, por lo que es necesario contar con una adecuada estrategia de protección y una buena administración de su propiedad intelectual. Esto ayuda a proteger sus invenciones, sus marcas, sus estampados, la imagen de negocio que han desarrollado, las formas novedosas de sus productos, sus obras, sus obras de arte aplicado y a guardar el secreto de aquella información que les aporta una ventaja competitiva en el mercado. Con la protección se asegurarán de tener el control de estos elementos que los distinguen de su competencia.

En el presente trabajo hemos hecho un breve recorrido de la historia de la moda y de la industria de la moda desde la antigüedad hasta el momento actual, pasando por los diferentes roles que ha tenido la vestimenta como un instrumento para protegerse de la intemperie, como un elemento de exclusividad y de pertenencia a determinados grupos. También hemos visto que los avances tecnológicos permitieron la democratización de la moda, ocasionando que ya no solo la nobleza y las clases comerciantes pudientes pudieran costear una variedad de prendas. De igual forma, el papel de los modistos empezó a tener más relevancia creativa, ya que la producción no era artesanal ni a medida, lo cual permitía ofrecer prendas únicas e innovadoras a todo el mundo. Esta libertad fue en aumento al grado tal que el diseñador se separó de la empresa y de la marca, volviéndose un empleado más en una estructura comercial compleja e internacional. La marca y la empresa sobreviven al diseñador, a diferencia de otras épocas, en las cuales, al morir el sastre o el modisto, la casa de moda debía cerrar. Actualmente, la industria se ha internacionalizado, abaratando los costos de sus productos y de su manufactura, a tal grado que la moda ha sido completamente democratizada: en cuestión de

semanas se pueden tener prendas de diseños nuevos y accesibles en empresas como Zara, H&M o Shein.

El estado actual de la industria de la moda ha levantado diversos cuestionamientos respecto a sus efectos, como lo es la sustentabilidad de la producción, la apropiación cultural indebida, la copia de diseños y la moda desechable que ocasiona un consumo rápido y poco ecológico. A pesar de que estos temas son importantes para la industria de la moda y que tienen fuertes nexos con el derecho, deberán ser abordados en trabajos posteriores.

También se realizó un somero análisis de todas las figuras de la propiedad intelectual que pueden ser utilizadas en la industria de la moda para proteger diversas creaciones, diseños, estampados, marcas e información confidencial. Cada una de estas figuras tiene una finalidad, requisitos y alcance de protección distintos, por lo que será necesario en cada caso determinar qué es lo que se busca proteger y para qué se busca proteger, teniendo en cuenta que sí existen medios adecuados de protección en la industria de la moda.

Hemos visto que esta industria puede ser protegida tanto por el derecho de autor como por el derecho de propiedad industrial. Todo depende del elemento de la industria del que se trate. Incluso se puede optar por una protección acumulada, en la que la misma creación es tutelada por dos herramientas distintas, ampliando su alcance y duración. Sin embargo, hay diversas interpretaciones para poder otorgar este tipo de defensa, como aquellas que admiten que un objeto utilitario también pueda ser considerado artístico, aquellas que opinan que un elemento funcional en un objeto hace que este pierda toda característica artística y, por lo no tanto, no pueda ser protegida por el derecho de autor, o aquellas que son un punto intermedio que admiten la protección acumulada, pero no en todos los casos. Se deberá atender a lo que determine la legislación aplicable y las interpretaciones de los tribunales para saber si un objeto puede tener una protección acumulada. En el caso mexicano, la protección de este tipo está reconocida en la ley.

La industria de la moda ha sido constantemente objeto de imitaciones, copias y piratería, y al ser una industria en la que la mayoría de sus productos tienen ciclos de vida muy cortos, una gran parte de las empresas decide no proteger sus obras, ya que el costo de hacerlo

es muy elevado en comparación con el beneficio obtenido. Por esto, figuras innovadoras –como el diseño industrial no registrado de la Unión Europea– son elementos que ayudan a que la industria de la moda proteja de forma adecuada sus creaciones, además de no ser los únicos elementos que les aportan distintividad en el mercado y les ofrecen una ventaja competitiva.

Sin embargo, no podemos obviar que el activo más importante de la moda es la creatividad y la innovación, por lo que el uso de las herramientas de la propiedad intelectual para la protección de sus marcas, obras e invenciones no es una cuestión menor. El derecho actual sí cuenta con herramientas suficientes para una debida protección de la industria de la moda; aunque hemos visto que hay ciertas figuras que presentan deficiencias, su uso sirve para la protección de la empresa y para incentivar una mayor generación de innovación, creatividad y competencia.

Bibliografía

- Alegret Rodeja, A. (2020). *La Propiedad Industrial e Intelectual en la industria de la moda*. ADEFINITIVAS Compartimos Derecho. <https://adefinitivas.com/arbol-del-derecho/la-propiedad-industrial-en-la-moda-anna-alegrat/>.
- BASAHM. (2018). *La franquicia y el trade dress*. <https://www.basham.com.mx/la-franquicia-y-el-trade-dress/>.
- Carbajo Cascón, F. (2021). La protección de los diseños de moda en la Unión Europea (entre el diseño industrial y el derecho de autor). *Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación*, 23(106), 139-162.
- Chávez Valdivia, A. K. (2018). Entre el derecho de los diseños y las patentes: la tecnología ponible. *Revista IUS*, 12(41), 155-158.
- Echeverría, P. (2021). Proteger las creaciones en el mundo de la moda. *Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación*, 23(100), 179-187.
- Fashion Revolution y Arte, Lenguaje e Investigación para el cambio Social (Arleñica). (2020). Índice de Transparencia de la Moda en México 2020. https://issuu.com/fashionrevolution/docs/002_ar_fti_reporte_final_espa_ol#:~:text=La%20importancia%20de%20la%20industria,a%20%2473%2C632%20millones%20de%20pesos.
- Gallart, V. y Mir, E. (2021). *Viaje a través de la moda. Diseñadores, iconos, y estilos de los siglos XX y XXI*. Alba Editorial.
- Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. (s.f.). *Guía de Uso. Diseños In-*

- dustriales*. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/667153/Gui_a_de_uso_disen_os_industriales.pdf.
- Jalife Daher, M. (2020). *La nueva Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial*. Tirant Lo Blanch.
- Krick, J. (2004). *Charles Frederick Worth (1825-1895) and the House of Worth. Heilbrunn Timeline of Art History*. The Metropolitan Museum of Art. https://www.metmuseum.org/toah/hd/wrth/hd_wrth.htm.
- Márquez, C. (2021). La Figura del Trade Dress como parte de la estrategia comercial de las empresas. *Noticias Neo*. <https://www.revistaneo.com/articulos/2021/12/15/la-figura-del-trade-dress-como-parte-de-la-estrategia-comercial-de-las-empresas>.
- Mckinsey & Company. (2021). *El estado de la moda 2022: Una recuperación desigual y nuevas fronteras*. <https://www.mckinsey.com/featured-insights/destacados/el-estado-de-la-moda/es-ES>.
- O'Shea, C. (2012). *The man from ZARA. The story of the genius behind the INDE-TEX GROUP*. LID Publishing.
- Riello, G. (2016). *Breve historia de la moda. Desde la Edad Media hasta la actualidad*. Gustavo Gili.
- Salas Pasuy, B. (2013). La industria de la moda a la luz de la propiedad intelectual. *Revista la Propiedad Inmaterial*, (17), 145-161.
- Salas Pasuy, B. (2019). *La moda y la propiedad intelectual*. Universidad Externado de Colombia.
- Tapia Galicia, M. (2017). *Protección Acumulada de las Creaciones Intelectuales, un acercamiento teórico-práctico*. Seminarios en Acción. Patentes, Marcas y Derechos de Autor. http://coordinacioneditorialfacultadderecho.com/assets/derecho_pantentes_marzo_2017.pdf.
- Torres Zapata, S. R. (2021). *Requisitos de novedad en los diseños industriales – una perspectiva desde el sector de la moda*. Herrera Abogados & Asociados. <https://gha.com.co/requisito-de-novedad-en-los-disenos-industriales-una-perspectiva-desde-el-sector-de-la-moda/>.
- Tungate, M. (2008). *Marcas de moda. Marcas estilo desde Armani a Zara*. Gustavo Gili.

Legislación citada

Unión Europea

Reglamento (CE) N° 6/2002 del Consejo de 12 de diciembre de 2002 sobre los dibujos y modelos comunitarios.

México

Ley Federal de Derecho de Autor.

Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial.

Ley Federal Sobre el Derecho de Autor de 1948 (abrogada).

Ley Federal Sobre el Derecho de Autor de 1956 (abrogada).

Jurisprudencia citada

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Group Nivelles contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos)*, 13/05/2015, Fallos: T-15/13.

Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, Sala Regional en Materia de Propiedad Intelectual, 10/03/2009, Fallo: Juicio Contencioso Administrativo Núm. 1709/08-EPI-01-4. [México].

Estudios

* * * *

Estudio del caso *Fandango* como intermediario digital de la industria audiovisual argentina: ¿innovación o *thriller*?

* * * *

María C. Devoto Borrelli

IAE Business School, Universidad Austral

maria@diverdad.com

Resumen

Este estudio, a través de distintas aristas de la propiedad intelectual y de la defensa de la competencia, ayuda a comprender las dinámicas, desafíos y diferencias en la gestión de la innovación e intangibles que explican la gran brecha existente entre los distintos actores de la industria cinematográfica en Argentina. Analiza la intermediación digital que ofrecía Fandango en la venta de *tickets* de cine en Argentina a fines de 2019. Sirve para comprender los límites de la competencia, cuándo hay buena fe comercial y cuándo una estrategia, aún exitosa en el mundo del *marketing*, se torna desleal para la empresa competidora incurriendo en una violación marcaria y competencia desleal, entre otras.

Si bien fue realizado en la prepandemia, el aislamiento obligatorio aceleró la transformación digital y confirmó la vigencia del trabajo, que ya señalaba los riesgos y oportunidades para la industria audiovisual en plena disrupción con el surgimiento de los canales de *streaming* y los lanzamientos de films en simultáneo con las salas de cine.

Asimismo, se señala al finalizar cada capítulo una agenda de temas a trabajar para mejorar la gestión de los activos intangibles, aprendiendo de la experiencia de los líderes en innovación audiovisual e instando a los actores audiovisuales a comprender los beneficios y conocer los avances tecnológicos disponibles. Por último, propone alternativas para satisfacer las altas expectativas de los espectadores, que hoy son también consumidores exigentes, y especialmente caminos para encontrar en conjunto la recuperación, crecimiento y expansión de la industria audiovisual argentina con tanto talento y potencial.

Palabras clave: derecho de autor, *copyright*, competencia desleal, marcas, gestión de

la propiedad intelectual, derechos conexos, desvío de clientela, activos intangibles, defensa de la competencia, *antitrust*, cine, cinematografía, audiovisual, negocio, innovación, intermediario, *marketplace*, *advertising intermediation*, digital, big data.

Case Study: *Fandango* as a Digital Intermediary in the Argentine Audiovisual Industry. Innovation or Thriller?

Abstract

This study, through different aspects of intellectual property and antitrust matters, helps us to understand the dynamics, challenges and differences in the innovation management and intangible assets management, that explain the great gap between the different actors in the film industry in Argentina. It analyzes the digital intermediation offered by *Fandango* selling movie *tickets* in Argentina at the end of 2019. It serves to understand the limits of competition, when there is commercial good faith and when a strategy, still successful in marketing, becomes unfair to the competing company incurring in a trademark violation and unfair competition, among others.

Although it was carried out in the pre-pandemic, the mandatory isolation accelerated the digital transformation and confirmed the validity of the work that already pointed out the risks and opportunities for the audiovisual industry in full disruption with the emergence of streaming channels and the release of films in simultaneous with movie theaters. At the end of each chapter, it has an agenda of topics to work to improve the management of intangible assets, learn from the experience of the leaders in audiovisual innovation, urging audiovisual actors to understand the benefits and learn about the technological advances available.

It proposes alternatives to satisfy the high expectations of demanding consumers and especially ways to find a collaborative recovery, growth, and expansion of the Argentine audiovisual industry, with so much talent and potential ahead.

Key words: copyright, unfair competition, trademarks, intellectual property management, related rights, customer diversion, intangible assets, antitrust, theatres, cinema, cinematography, audiovisual, business, innovation, intermediation, marketplace, advertising intermediation, digital, big data.

Estudo de caso *Fandango* como intermediário digital na indústria audiovisual argentina: inovação ou filme de suspense?

Resumo

Este estudo, através de diferentes aspectos da propriedade intelectual e da defesa da concorrência, ajuda a compreender as dinâmicas, desafios, diferenças na gestão

da inovação e intangíveis que explicam a grande lacuna entre os diferentes atores da indústria cinematográfica na Argentina. Analisa a intermediação digital oferecida pela Fandango na venda de ingressos de cinema na Argentina no final de 2019. Serve para entender os limites da concorrência, quando há boa-fé comercial e quando uma estratégia, ainda bem sucedida no mundo do marketing, torna-se desleal com a empresa concorrente incorrendo em violação de marca e concorrência desleal, entre outros.

Embora tenha sido realizado na pré-pandemia, o isolamento obrigatório acelerou a transformação digital e confirmou a validade do trabalho que já apontava os riscos e oportunidades para a indústria audiovisual em plena disrupção com o surgimento dos canais de streaming e o lançamento de films em Simultâneo com salas de cinema. Ao final de cada capítulo, indica uma agenda de temas a serem trabalhados para melhorar a gestão de ativos intangíveis, aprendendo com a experiência dos líderes em inovação audiovisual, instigando os atores audiovisuais a compreender os benefícios e conhecer os avanços tecnológicos disponíveis.

Propõe alternativas para satisfazer as altas expectativas dos telespectadores que hoje também são consumidores exigentes e principalmente formas de encontrar conjuntamente a recuperação, o crescimento e a expansão da indústria audiovisual argentina com tanto talento e potencial.

Palavras-chave: direitos autorais, concorrência desleal, marcas, gestão de propriedade intelectual, direitos conexos, desvio de clientes, ativos intangíveis, defesa da concorrência, antitruste, cinema, cinematografia, audiovisual, negócio, inovação, intermediário, marketplace, intermediação publicitária, digital, big data.

1. Introducción¹

El crecimiento exponencial de la tecnología rompió viejos paradigmas y genera cambios en el mundo de los negocios. Las empresas hoy cuentan con canales digitales rápidos y eficaces, que reducen los costos de venta y distribución de productos y servicios. Cambió también la relación de las empresas y sus clientes. Estas brindan información, asesoran, diseñan y cuidan la experiencia de los usuarios disminuyendo el riesgo de baja satisfacción; se esmeran en hacer memorable el momento de consumo para que el cliente repita la compra o experiencia.

En la actualidad, la tecnología ofrece la posibilidad de diseñar

1 El presente trabajo se realizó como trabajo final de la Maestría en Propiedad Intelectual orientada a la Innovación de la Universidad de San Andrés, bajo la tutoría de María de L. Vázquez.

servicios personalizados de acuerdo con los gustos de cada cliente, direccionar publicidad y hasta crear productos a partir de la data obtenida, optimizando los resultados en los negocios. Se genera así una economía basada en datos, de la cual el espectador, así como los exhibidores cinematográficos –dueños de las salas– no son totalmente conscientes y desperdician un capital altamente valioso. Hoy, la economía basada en datos tiene por objeto la recolección, preservación, protección y comprensión de los datos, y para 2030 se estima que entre el 15% y 20% del PBI mundial se basará en flujo de datos, lo que confirma su valor y la ventaja competitiva que tendrán quienes logren recopilar, entender y utilizarlos en sus planes de negocio.

La tecnología también ofrece mayor opción al usuario, interfiere en la fidelización que existe con las empresas al visibilizar con inmediatez distintas alternativas y permitir compartir *feedbacks*. Empodera al consumidor, quien llega al momento de la compra habiendo antes evaluado diferentes opciones, y además facilita la búsqueda de productos o servicios acordes con sus gustos y valores.

En la actualidad, los consumidores también son más conscientes de su entorno y del impacto que pueden generar al elegir dónde y cómo consumir. Por ello, exigen mayor transparencia, coherencia y responsabilidad al mundo empresario y ven a la empresa como un medio que genera bienestar económico y puede también solucionar problemas sociales y ambientales. El crecimiento del Sistema B, que en 2012 contaba solo con 10 empresas en Argentina y hoy tiene casi 350 empresas B en Latinoamérica, refleja la evolución del cambio de paradigma.

Al mes de diciembre de 2019, en Argentina existían distintos intermediarios digitales; algunos crearon un mercado nuevo, otros, con la tecnología, encontraron la oportunidad de cubrir una necesidad desatendida. Por ejemplo, Mercado Libre, un *marketplace* que acerca a las partes vendedora y compradora, facilitando la operación de compraventa. Google, que ofrece servicios de búsqueda en línea y, con su servicio de AdSense, intermedia entre los titulares de páginas web y empresarios que buscan espacios para publicitar sus productos. Nubimetrics, que facilita el análisis de la big data para mejorar las ventas realizadas mediante canales digitales. También Fandango, el intermediario digital objeto de este estudio, que se presenta en Argentina como el socio ideal para los cines.

Fandango Media LLC es una empresa con amplia presencia internacional afiliada al grupo empresarial encabezado por Comcast Corporation, cuyo foco es el negocio de la tecnología y medios de comunicación. En Argentina se desconoce el grupo empresarial al que pertenece Fandango, el cual se presenta como un intermediario dedicado a la venta de entradas de cine *online* y mediante dispositivos móviles. En su página web para Latinoamérica, a diciembre de 2019, explicaba: “Si tu negocio es el cine, Fandango es un socio ideal para ayudarte a vender más, tener más presencia de marca o llegar mejor a tus clientes”. Desde el modelo de negocios, es una *multisided platform*, pues entre sus clientes cuenta con los exhibidores o cines, las distribuidoras cinematográficas, los espectadores y también anunciantes.

En la década de 1990, con el ingreso de Cinemark, Hoyts, Showcase y Village al mercado cinematográfico argentino, los exhibidores locales debieron adaptar sus modelos de negocio para poder competir con los cines multipantalla. Estos ofrecían mayor confort, tecnología de punta, servicios de *candy bar* y, por ejemplo, permitían que la gente se acomodara directamente en sus butacas o que un solo operador cinematográfico proyectara varias películas en distintas salas, lo cual reducía los costos laborales. Hoy, el sector de la exhibición nuevamente atraviesa un momento de disrupción; en esta oportunidad, iniciada por la tecnología y acentuada gravemente por la pandemia provocada por el COVID-19. Surgen cada vez más plataformas que amplían los canales para exhibir material cinematográfico, muchas de ellas habilitando la relación directa entre el distribuidor y los espectadores, como por ejemplo Disney+, Netflix o Fox Play. En paralelo, la prohibición de los espectáculos como medida sanitaria durante la pandemia aceleró los procesos de digitalización y precipitó los cambios en los hábitos de consumo de los espectadores de cine.

La tecnología generó un quiebre en las relaciones de poder enquistadas hacía décadas. Previo al COVID-19, Netflix decidió estrenar *Roma* en simultáneo en su plataforma digital y en las salas cinematográficas, lo cual provocó indignación en un sector (por violar la ventana de exhibición exclusiva de las salas de cine). A la vez, generó admiración en quienes tenían la convicción de que el lanzamiento

en simultáneo por ambos canales iba a fortalecer al film, el cual logró obtener tres premios Oscar.

Con el advenimiento del COVID-19, *Trolls: World Tour*, producida por DreamWorks Animation y distribuida por Universal Studios, se estrenó el 10 de abril de 2020 –fecha prevista para el estreno en salas de cine–, pero directamente por el canal digital, con un resultado exitoso. *Artemis Fowl*, producida por Walt Disney Pictures, cuyo estreno estaba previsto en salas de cine para el 29 de mayo de 2020, también tuvo un estreno directamente digital en Disney+, aunque con unos días de retraso, el 12 de junio de 2020. *Corazón Loco*, dirigida por Marcos Carnevale, tenía su estreno previsto para el 19 de marzo en cines y finalmente no pasó por la pantalla grande y se estrenó directamente en Netflix.

Las obras cinematográficas para las cuales se venden *tickets* se encuentran tuteladas por el derecho de autor y son consideradas obras en colaboración. Según el artículo 20 de la Ley 11723, la autoría les es reconocida tanto al autor del argumento o guionista como al productor y al director cinematográfico, a la vez que contempla también al compositor en las obras cinematográficas musicales. Los derechos de exhibición son licenciados a las salas de cine con la intermediación de las distribuidoras cinematográficas, que colaboran con la comercialización de los films y tienen a cargo las campañas publicitarias, su calificación y cobrarles a los exhibidores una regalía que suele oscilar entre un 35% y un 55% del precio neto de venta del *ticket*. Luego, les rinden cuenta a los productores.

Ante la situación descrita, los cines, los guionistas, los directores, los distribuidores y sus espectadores cuentan con Fandango en calidad de intermediario, que se presenta como aliado para mejorar las ventas de los cines. Y tal cual sucede en los buenos films, las tramas suelen ser complejas. Por ello, es oportuno repreguntarse si resultará un aliado fiel o si sorprenderá con un punto de giro inesperado.

2. Objetivo

El objetivo de esta investigación es analizar la estrategia del intermediario digital Fandango en Argentina al mes de diciembre de 2019, que se describe en su página web para Latinoamérica como “socio

ideal de los cines para ayudarlos a vender más, tener más presencia de marca y llegar mejor a sus clientes” y determinar si su intermediación es una fuente de innovación para la industria audiovisual nacional, con tantas necesidades desatendidas que podrían ser fuente de innovación. Asimismo, busca analizar si su estrategia afecta derechos de terceros, con especial foco en la tutela y en las herramientas que ofrece la propiedad intelectual, y establecer si la intermediación que ofrece es neutral o responde a los intereses de un determinado sector. Por último, explora las opciones ya disponibles a través de la innovación abierta y profundiza si la participación de Fandango estimula el crecimiento económico general o afecta a la competencia en el mercado cinematográfico argentino.

El resultado de este estudio ofrecerá la posibilidad de conocer la disrupción que los cambios tecnológicos iniciaron en la venta de *tickets* de cine en Argentina y determinará si tuvieron un alcance innovador para las distribuidoras, exhibidores y espectadores cinematográficos. Permitirá visualizar las dinámicas e intereses de los distintos actores en juego, a la vez que buscará opciones innovadoras que disminuyan la puja distributiva actual y aporten soluciones colaborativas. Servirá para sentar las bases de una comunidad digital audiovisual que brindará mayor transparencia, reciprocidad y además podría ser una herramienta útil e innovadora para permitir —en la pospandemia provocada por el COVID-19— la recuperación y consolidación de la industria cinematográfica en Argentina, beneficiando a todos los actores que intervienen antes y después del lanzamiento de un film.

3. Metodología

El estudio se centra en un análisis de un caso concreto y actual, por lo cual tendrá un abordaje práctico y teórico en el cual se utilizarán las siguientes herramientas.

Comenzará con un análisis del contexto histórico y actual, identificando los servicios ya disponibles en el mercado argentino al momento del desembarco de Fandango. A los fines de determinar el grado de innovación de la propuesta de Fandango, se buscarán los activos intangibles identificados bajo su titularidad en Argentina se-

gún la base del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI) y en el extranjero con información que surja de Darts IP. Asimismo, se analizará doctrina especializada en gestión de innovación, como el libro *The Blue Ocean Strategy* de W. Chan Kim y Renee Mauborgne (2015) y herramientas de análisis, como la pirámide jerárquica de gestión de la propiedad intelectual propuesta en el libro *Edison and the Boardroom revisited* de Suzanne S. Harrison y Patrick H. Sullivan (2012). También se utilizarán bases de búsquedas como PatBase o Darts IP para identificar tecnología ya disponible en otros mercados o de titularidad comparables a Fandango. Se señalará la propuesta de valor de otros intermediarios digitales exitosos, como Cine Fan o Nubimetrics, y se describirán brevemente las obligaciones legales que impone la normativa específica para la venta de *tickets* de cine en relación con la propuesta de Fandango.

Al abordar la cuestión marcaria y la responsabilidad de los intermediarios, se analizará doctrina especializada, en el marco del libro del Dr. Jorge Otamendi (2017) *Derecho de Marcas*, y jurisprudencia nacional, como el precedente de la Corte Suprema de la Nación del año 2014 dictado en los autos *Rodríguez, María Belén c/Google Inc. s/daños y perjuicios*. También jurisprudencia internacional, como el caso *Interflora Inc and Interflora British Unit v. Marks & Spencer plc and Flowers Direct Online Ltd.*, y se efectuarán comparaciones con otros intermediarios digitales en el extranjero, tales como MovieTickets.com.

En cuanto al análisis desde la perspectiva de Defensa de la Competencia, se utilizará doctrina internacional, como *The antitrust Paradox* de Robert H. Bork, y también nacional, a partir del libro de Germán Coloma (2009) *Defensa de la Competencia*.

Se analizará la Ley 27442 de Defensa de Competencia, los lineamientos y guías disponibles en la web de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia Argentina y sus dictámenes, como el Conc. 1402 del 5 de mayo de 2017.

También se estudiarán casos judiciales internacionales, como la fusión AT&T-Time Warner y Disney-Fox, y nacionales, como la reciente resolución de la Sala III de la Cámara Civil y Comercial Federal en los autos *Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina c/Sadaic y otro s/Apelación Resolución Comisión Nacional Defensa de la Competencia*.

Por último, se utilizará información estadística de la industria nacional recopilada por el Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA) y Ultracine, a los fines de abordar las cuestiones económicas y el impacto de Fandango en la afectación o reducción de la competencia.

4. Parte 1: Fandango como intermediario

El presente capítulo tiene como fin analizar la oportunidad, características y alcance de la intermediación digital que ofrecía Fandango a diciembre de 2019 para la venta de *tickets* de cine en Argentina.

4.1. Antecedentes

Fandango es una empresa con amplia presencia internacional² dedicada a la venta de entradas de cine *online* y mediante dispositivos móviles a través de una aplicación desarrollada para iOS y Android.³ En su página web para Latinoamérica explica: “Si tu negocio es el cine, Fandango es un socio ideal para ayudarte a vender más, tener más presencia de marca o llegar mejor a tus clientes”.

2 Tiene fuerte presencia en Estados Unidos y, mediante absorciones y fusiones, también logró liderazgo en el mercado latinoamericano con la compra de Ingresso de Brasil en 2015, Cinepapaya en 2016 y MovieTicket en 2017, entre otras.

3 “Fandango es la boletería de cine online #1 con más de 40 millones de entradas vendidas al mes. Afílate a Fandango y podrás vender tus entradas a través de nuestra página web y app en Android y iOS”. Ver: <https://www.fandango.lat/ar/cines-contacto>.



Figura 1. Captura de pantalla de <https://www.fandango.lat/ar/nosotros>.

No obstante ello, en Argentina, al mes de diciembre de 2019, solo vendía entradas para 8 empresas exhibidoras⁴ y no tenía vínculo con las 84 empresas restantes que explotaban distintas salas cinematográficas, lo que refleja que no alcanzó aún la posición de otros mercados internacionales. En Argentina, la mayoría de las empresas ya poseen canales de venta *online* propios.⁵

4.2. Tipo de intermediación

La Real Academia Española (s.f.) asigna a la palabra “intermediario” el siguiente significado: “Dicho de un proveedor, de un tendero que media entre dos o más personas y especialmente entre el productor y el consumidor de géneros o mercancías”. En este sentido, las plataformas que brindan un espacio para que los compradores y vendedores realicen transacciones son consideradas intermediarias. Se

4 Village Cines, Showcase Cinema, Atlas Cines, Cinema La Plata, Sunstar Cinemas, Cinema Adrogué, Cinema Casey y Cinema Pergamino. Ver: <https://www.fandango.lat/ar/cines>.

5 Incluso Cinemark, que a nivel internacional sí terceriza la venta por Fandango, en Argentina tiene un canal de venta propio.

las asimila a una sección de avisos que permite que el vendedor y el comprador se pongan en contacto a través de una intermediación técnica y no activa, pues no conocen ni controlan los datos almacenados. Luis Diego Barry (2018) analiza este punto señalando que Mercado Libre no provee los bienes comercializados en su *marketplace*, sino que se limita a proveer el espacio virtual para darle lugar a la transacción entre terceros.

En distintos casos de operaciones de compra y venta concretadas *online*, se resolvió acertadamente que los operadores de un mercado electrónico como podría ser Mercado Libre,⁶ OLX o Demotores.com⁷ son ajenos a las transacciones que se concretan entre las partes gracias a las publicaciones realizadas en su plataforma. Dicho rol es considerado neutro, señalándose que la promoción del sitio o *marketplace* en general no le asigna un rol activo en la transacción y, por ello, no acarrea responsabilidad.

Por el contrario, la intermediación ofrecida por Fandango tiene una naturaleza y alcance totalmente distintos a la de un *marketplace*, pues conoce, promociona y tiene un rol activo para comercializar la venta de *tickets* para los cines que contratan sus servicios. Promueve la venta y entabla un vínculo directo con los consumidores o usuarios. Fandango intermedia no como *marketplace*, sino más bien como proveedor o parte de la cadena de comercialización de los cines. Por ende, es solidariamente responsable frente al consumidor y a los usuarios en los términos del artículo 40 de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor.⁸ Definido esto, se describirán los alcances de la intermediación y sus efectos.

6 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Comodoro Rivadavia, Sala B, *Besler Darío Rubén c/Mercadolibre S.R.L. s/sumarísimo*, sentencia del 27/5/2019.

7 Juzgado Comercial N° 5, Secretaría N° 9, *Gomez Maciel Francisco José c/ Dridco S.A. s/Ordinario*. Expediente 4470/2014, sentencia del 15/2/2016.

8 “ARTÍCULO 40. Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

4.2.1. Sistema de venta

La primera obligación asumida por la intermediaria será la implementación y puesta en funcionamiento de la interfaz que vincula a la web de Fandango con el sistema de venta particular de cada cine, para habilitar que desde la página o aplicación de Fandango se vendan las entradas de cine para la función pertinente.

La efectiva implementación y funcionamiento de la interfaz son necesarios para que comience la prestación del servicio ofrecido por Fandango, por lo que me focalizaré en los efectos que podrán surgir una vez operativo el sistema de venta. La doctrina analizó ampliamente la responsabilidad del proveedor de *software*, ya que su conocimiento técnico lo coloca en una posición de desigualdad frente al contratante, que carece del *expertise*, de los conocimientos sobre la tecnología y de la información técnica (Molina Quiroga, 2008) y, por ello, lo obliga a actuar con buena fe, aconsejando al usuario sobre los riesgos eventuales. Una vez lograda la integración de los sistemas de Fandango y los exhibidores, podrían sobrevenir errores en el funcionamiento de la interfaz, ya sean operativos, de bloqueo de módulos o fallas de seguridad, sobreventa del Boleto Oficial Cinematográfico (conocido como BOC),⁹ etc., hechos que generarán la obligación de brindar servicio de soporte desde la intermediaria al exhibidor para su pronta solución y podrán generar también pérdida de ventas o ventas excesivas.

La caída o falla del sistema podría generar una experiencia ingrata para el espectador o que una persona no pueda adquirir sus *tickets*. En otro supuesto, alguien podría haber adquirido *tickets*, pero, al llegar al cine, se le informa que, debido a un error de sobreventa, no podrá ingresar a la función. En este caso, habrá que determinar cuándo la falla le es imputable al *software* del intermediario o cuándo se debió a una causa ajena que pueda eximirlo de responsabilidad. Por ejemplo, que la falla no correspondió a la interfaz provista por

9 El artículo 3º de la Resolución 3785/2013/INCAA dispone: “ARTÍCULO 3º. Entiéndase por BOLETO OFICIAL CINEMATOGRAFICO (BOC) al instrumento que debe expendirse a título oneroso o gratuito en salas de exhibición audiovisual y/o espacios de exhibición audiovisual y se lo considera como único medio de ingreso para presenciar la exhibición de películas o contenidos audiovisuales”.

Fandango, sino al *software* de venta del cine. En ambos casos, el espectador podrá solicitar la reparación del daño generado, es decir, la devolución del valor del *ticket* adquirido, siempre que pueda probar su verdadera existencia.¹⁰ También podría generarse algún tipo de responsabilidad fiscal, dado que, como señalé *ut supra*, el exhibidor es un agente de retención del impuesto al cine y el momento de la venta es el hecho imponible.

4.2.2. Licencia de uso de la aplicación

Además de la propuesta de venta móvil que Fandango explota bajo su marca, ofrece licenciar el desarrollo de *software* a los cines para habilitar la venta de *tickets* desde una aplicación que funcionará bajo la marca propia de cada cine. Como menciona Federico Vibes (2008), este desarrollo sería un “*software* estándar” para el cual el proveedor prestará servicios de soporte y mantenimiento para solucionar los problemas técnicos que vayan surgiendo. Asumirá una obligación de resultado, que es habilitar la transacción móvil de entradas de cine por medio de una aplicación que funcionará con la marca particular de cada exhibidor.

4.2.3. Servicios de *marketing* y publicidad

Fandango también interactúa directamente con los usuarios de la aplicación o la página web, con quienes existe una relación de consumo. Los usuarios y consumidores merecen una tutela especial que compense el desequilibrio en información y poder entre las partes contratantes.¹¹ La tutela legal impone un deber de información adecuada y veraz que surge del artículo 42 de la Constitución Nacio-

10 Cámara Nacional Comercial, Sala C, *Aé-CISA c/Buenos Aires Software S.R.L. y otro s/ordinario*, 84.559/2003, 10/10/2008. elDial AA51F4.

11 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, *Sociedad Escolar Alemana de Villa Ballester c/Ditada Nicolás M. y otro*, sentencia de fecha 8/5/2008. Publicado: SJA 22/10/2008 JA 2008-IV-395. Abeledo Perrot 70046380.

nal;¹² el artículo 4 de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor¹³ refiere a información detallada, cierta y clara. El artículo 1100 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN)¹⁴ dispone que deberá ser suministrada en forma gratuita y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión. En virtud de lo expuesto, la intermediación también generará responsabilidad frente a los consumidores –en este caso, los espectadores– cuando se incumpla con el deber de información. El artículo 1101 del CCCN prohíbe la publicidad que contenga indicaciones falsas o de naturaleza tal que induzcan o puedan inducir a error al consumidor; esta norma tiene mayor relación con la protección que brinda la Ley 22362 de Marcas. Describiré a continuación un ejemplo de cómo lo antedicho aplica al caso de referencia.

12 “ARTÍCULO 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

13 “ARTÍCULO 4.- Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición”.

14 “ARTÍCULO 1100.- Información. El proveedor está obligado a suministrar información al, consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión”.

Hasta mediados del mes de junio de 2019, si uno buscaba en Google el nombre de un cine no afiliado a Fandango, que no vendía *tickets* a través de esta plataforma, como podría ser Belgrano Multiplex, la búsqueda arrojaba como sexto resultado: “BELGRANO MULTIPLEX – Cartelera y Entradas / FANDANGO ARGENTINA”.



Figura 2. Captura de pantalla de búsqueda en Google.

Cuando uno hacía clic en el *link*, lo remitía a una página de Fandango en la que ofrecían información de funciones y cartelera para esa sala, como por ejemplo de Multiplex Belgrano y de Cinema Devoto.

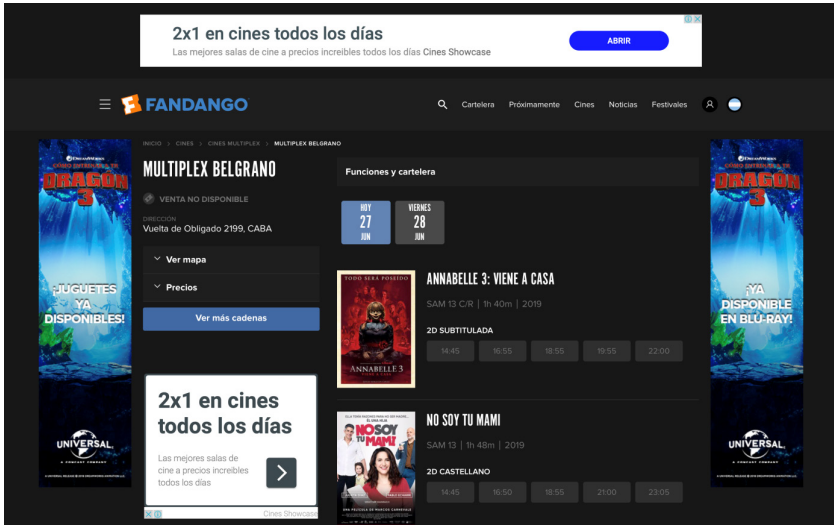


Figura 3. Captura de pantalla de información que ofrecía Fandango sobre Multiplex Belgrano.

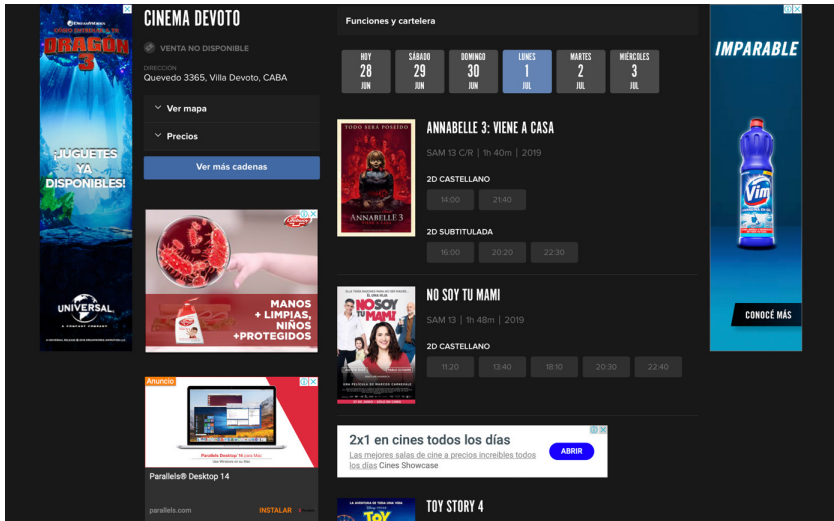


Figura 4. Captura de pantalla de información que ofrecía Fandango sobre Cinema Devoto.

Al ingresar a estas páginas, se buscaba la película y función entre anuncios de promociones de 2x1 en venta de *tickets*. Véanse el *banner* superior y el inferior “2x1 en cines todos los días” en la página con la información de Multiplex Belgrano, y el *banner* inferior en el caso de Cinema Devoto. No obstante, al clicar en la función elegida, no podía concretarse la compra. Al clicar en “Ver más cadenas”, remitía a una página que indicaba “Afiliadas” y, al bajar, “No afiliadas”.

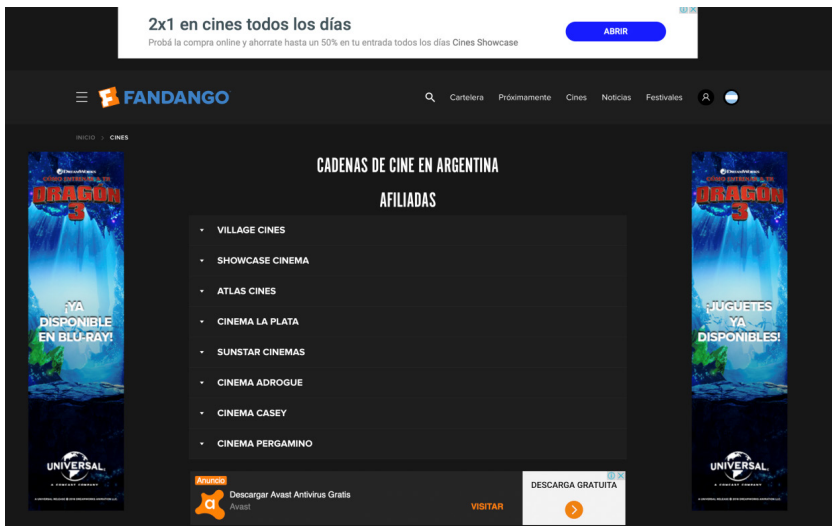


Figura 5. Captura de pantalla de información que ofrecía Fandango sobre las cadenas de cine afiliadas en Argentina.

Lo cierto es que no lo era entonces ni será posible en el futuro comprar entradas desde esta plataforma para cines no afiliados a Fandango, pues estos no venden *tickets* con su intermediación.¹⁵

15 Si se ingresa al *link* de Google hay distintas alternativas: 1) hacer clic en la publicidad anunciada que ofrece “entradas 2x1 en todos los cines”, que habilita la compra de entradas; 2) hacer clic en “Ver más cadenas”, que lleva a una página como la de la Figura 5, en la que se puede buscar dentro de “Afiliados” y “No afiliados”; si se ingresa en “No afiliados”, lleva a un laberinto sin salida; 3) Hacer clic en la nueva publicidad “2x1 en cines...”. Adviértase que las publicidades de cine 2x1 no son para la marca relacionada con Fandango, sino para Showcase, que sí comercializa sus entradas por Fandango.

Surgen entonces las siguientes preguntas: ¿es lícito el uso de marcas de terceros, en este caso, de cines no afiliados a Fandango? No. ¿Puede existir confusión al ingresar al resultado de la búsqueda en Google? Sí. ¿Es claro para un espectador que no se comercializan entradas de los cines no afiliados? No. ¿Surge con claridad que las publicidades 2x1 ubicadas en la misma página donde se brinda información para cines no afiliados son para otras cadenas de cines (sí afiliadas a Fandango)? No.

El Dr. Jorge Otamendi (2017, p. 304) explica con claridad que el derecho de publicitar tiene claros límites. En primer lugar, la publicidad solo debe anunciar los productos y, por ende, marcas de lo vendido o comercializado en ese negocio (en este caso, aplicable al sitio web). Señala que no es lícito usar una marca ajena para atraer clientela a la que se le venderán otros productos con otras marcas, lo cual describe como un acto de usurpación de marca, deslealtad y engaño frente al público consumidor.

Existe también responsabilidad de la intermediaria por la prestación del servicio de *marketing* y publicidad en el que Fandango es titular de un conocimiento técnico y/o profesional específico, el cual genera un desequilibrio con los contratantes y, por ello, “responsabilidad profesional”. Dicho conocimiento profesional exigirá mayor diligencia, deber de información sobre los riesgos y mitigación de estos.

Consultados algunos exhibidores para conocer cuánto comprenden acerca del alcance de la intermediación de Fandango, muchos desconocen la legalidad o riesgos de la estrategia de *marketing* utilizada por la intermediaria. No comprenden que existe uso de marca ajena y, por el contrario, consideran que Fandango favorece a los cines no afiliados, pues brinda información de su cartelera y los beneficia con su publicidad sin exigirles un pago a cambio. Desconocen que, en principio, no existen bienes ni servicios gratuitos en la economía digital. Aquello que las plataformas digitales otorgan sin costo, como podría ser el servicio de Waze para los conductores o Facebook para los usuarios, beneficia a las plataformas con la data o información que generan los usuarios al utilizarlas.

4.3. Obligaciones y responsabilidad

4.3.1. Uso marcario y confusión

Fandango utiliza las marcas de terceros de diferentes maneras. De modo explícito en publicidad en Google y asociando sin autorización las marcas de terceros con su marca “Fandango”. También las usa en su página web junto con varios espacios de publicidad. En este sentido, se advierte que el uso es directo y perceptible para el público digital, a diferencia de los *metatags*, que no pueden verse. Los *metatags* o *keywords* son aquellas palabras identificadas en el *backend* o parte no visible al público general de una página web, con el propósito de que los buscadores como Google detecten el sitio y publiquen la página en búsquedas relacionadas con estas.

Esta asociación explícita genera una posible confusión en los espectadores. Por ello es ilícita, pues aprovecha las marcas ajenas en la publicidad de Fandango, en su sitio web y para vender espacios publicitarios dentro de este.

Esta situación es asimilable al comerciante que coloca un cartel en un negocio ofreciendo la venta de productos cuya marca no comercializa, generando confusión en los usuarios y captación de clientes de terceros para vender productos propios.

También usa las marcas ajenas como *adwords*, *keywords* y *metatags* para aparecer en los buscadores cuando alguien busca un cine no afiliado. En muchos casos, paga para aparecer en espacios de publicidad prioritarios, lo que no sería ilegal si en el resultado o aviso no apareciera la marca de terceros. Al nombrar la marca directamente, Fandango nuevamente encuadra en un uso ilícito y genera confusión.¹⁶ En este punto, destaco lo resuelto en el caso *Interflora*, en el que se considera el grado de confusión que puede generar

16 Se ha sostenido que el uso de la marca GEICO en el encabezamiento o texto de la publicidad que aparece cuando alguien busca GEICO causa confusión. “Govt Emps. Ins. Co. v. Google, Inc., 2005 WL 1903128 at *2 (E.D. Va. Aug. 8, 2005) Having been advised by Google that it had no evidence to introduce on the likelihood of confusion issue, the district court entered judgment at the conclusion of the plaintiffs evidence that the use of GEICO’s trademarks in the heading or text of advertising that appears when a person searches on ‘GEICO’ does cause confusion and as such does violate the Lanham Act.28” (Mayberry y Brownlow, 2014, p. 1385).

en el consumidor la publicidad para determinar si existe infracción marcaria.¹⁷ Si bien en este supuesto bajo análisis no hay “similitud confusionista” entre las marcas *Fandango* y las de los terceros, esta se genera a través del uso de las marcas ajenas. Podría darse un caso de confusión directa al momento de adquirir un *ticket*. Por ejemplo, un espectador que mientras mira la cartelera de Belgrano Multiplex hace clic en la promoción 2x1 y termina comprando entradas de cine para Showcase Belgrano. También podría darse el caso de confusión al creer que la razón por la que no está pudiendo comprar entradas para un cine no afiliado es por que ya se agotaron los *tickets* para esa función o establecimiento, cuando en realidad la razón por la cual no logra concretar la compra es porque *Fandango* solo vende *tickets* para los cines afiliados. Entiendo que la leyenda “Venta no disponible” que aparece al intentar realizar la compra para cines no afiliados no es lo suficientemente clara para el espectador usuario ni subsana la ilegalidad de la práctica.

Para confirmar mi punto de vista, se compararon páginas extranjeras y se advirtieron diferencias significativas que reducen la posibilidad de confusión. Existen páginas que solo usan marcas para las que venden *tickets*, como Ingresso de Brasil.¹⁸ *MovieTicket.com*, por el contrario, ofrece información de cines no afiliados, aunque anuncia claramente y en reiteradas oportunidades junto a cada película y sus horarios: *This theatre doesn't sell tickets with us*. No ofrecen la posibilidad de hacer clic en “Más cines” ni publicita ofertas de *tickets* de competidores. Tampoco se visualiza ninguna publicidad en espacios de cines no afiliados.

17 *Interflora Inc and Interflora British Unit v. Marks & Spencer plc and Flowers Direct Online Ltd*. 2011 ECR. I – 8625. Case C-323/09 “Use as a keyword can be prohibited by the trademark proprietor only if the ad does not enable an average Internet user, or enables him to ascertain only with difficulty whether the goods or services referred to originate from the trademark owner or from an undertaking economically connected to it, or from a third party (following Google France)”.

18 Ver: <https://www.ingresso.com/brasilia/home/cinemas>.

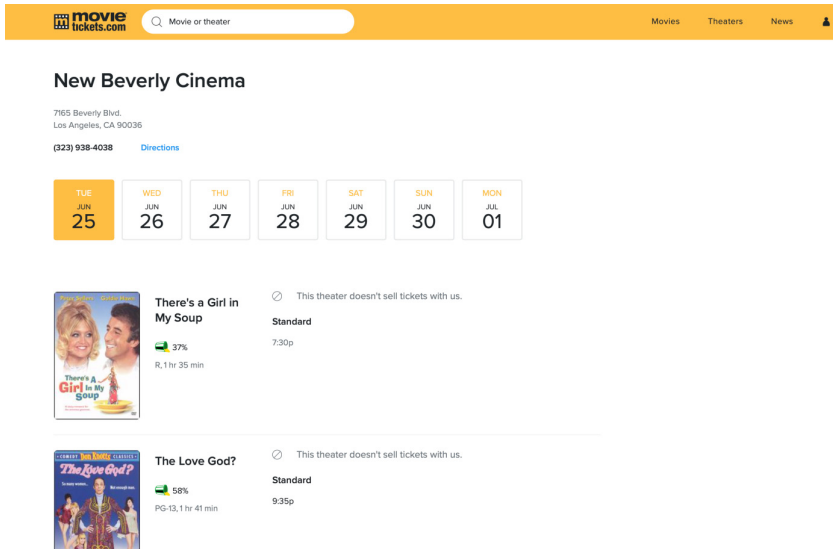


Figura 6. Captura de pantalla de MovieTicket.com.

Lo que Fandango busca con su *marketing* agresivo es lograr la asociación inmediata de su marca con la compra de *tickets* para cines. Por ello, relaciona su marca también con las empresas con las que no tiene vínculo. El objetivo por el cual Fandango elige usar la marca de los cines no asociados es claro: capta clientela y la desvía en su provecho. Se beneficia del tráfico para usos publicitarios y para generar mayores ventas para los cines afiliados.

Todo titular de una marca tiene la exclusividad de su uso y, por ello, toda violación de sus derechos deberá repararse. En el caso bajo estudio, Fandango será responsable por los daños y perjuicios que el uso ilegítimo de las marcas ajenas genere a sus titulares. La Ley 22362 de Marcas brinda la opción en su artículo 34¹⁹ de que el damnificado recurra al juicio penal o civil (o a ambos simultáneamente).

19 “ARTÍCULO 34.- El damnificado, cualquiera sea la vía elegida, puede solicitar: a) el comiso y venta de las mercaderías y otros elementos con marca en infracción; b) la destrucción de las marcas y designaciones en infracción y de todos los elementos que las lleven, si no se pueden separar de éstos. El Juez, a pedido de parte, deberá ordenar la publicación de la sentencia a costa del infractor si éste fuere condenado o vencido en juicio”.

Según enseña el Dr. Jorge Otamendi (2017, p. 336), podrá incluso accionar civilmente primero y, al probar la existencia de dolo, solicitar en sede penal que se aplique la sanción correspondiente. En este sentido, la Ley de Marcas tipifica el uso de una marca registrada perteneciente a un tercero sin su autorización, estableciendo una multa en su artículo 31 inciso b).²⁰ A su vez, el artículo 35²¹ dispone que en sede civil el titular marcario podrá solicitar el cese de uso y obviamente la reparación de los daños generados. Finalmente, corresponde destacar también lo dispuesto por el artículo 1794 del CCCN en cuanto a la obligación de resarcir el detrimento patrimonial en casos de enriquecimiento ilícito.²²

En los tiempos que corren, la buena experiencia del usuario se mide en la cantidad de clics que debe realizar para lograr su objetivo. Su satisfacción es un bien intangible de alto valor para las empresas que ofrecen servicios digitales, pues asegura la fidelización del cliente. Resulta útil analizar entonces cómo podrá cuantificarse el

20 “ARTÍCULO 31.- Será reprimido con prisión de tres (3) meses a dos (2) años pudiendo aplicarse además una multa de pesos cuatro mil (\$ 4.000) a pesos cien mil (\$ 100.000) a: a) El que falsifique o imite fraudulentamente una marca registrada o una designación; b) El que use una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente imitada 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; d) El que ponga en venta, venda o de otra manera comercialice productos o servicios con marca registrada falsificada o fraudulentamente imitada. El Poder Ejecutivo nacional podrá actualizar el monto de la multa prevista, cuando las circunstancias así lo aconsejen”.

21 “ARTÍCULO 35.- En los juicios civiles que se inicien para obtener la cesación del uso de una marca o de una designación, el demandante puede exigir al demandado caución real, en caso de que éste no interrumpa el uso cuestionado. El juez fijará esta caución de acuerdo con el derecho aparente de las partes y podrá exigir contracautelas. Si no se presta caución real, el demandante podrá pedir la suspensión de la explotación y el embargo de los objetos en infracción, otorgando, si fuera solicitada, caución suficiente”.

22 “ARTÍCULO 1794.- Caracterización. Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda”.

daño generado a los clientes de los cines no afiliados que ingresan a Fandango inducidos la práctica ilícita. También el daño generado a los cines no afiliados que, aparte del desvío de clientela, podrán ver afectada su reputación, calidad del servicio y prestigio.

4.3.2. Servicio de información

La actividad de clasificados *online* es un tipo de actividad publicitaria que podría encuadrarse dentro de la libertad de expresión, según menciona Santiago Gini (s.f.). Por ello, podría encontrar tutela en el sistema Interamericano de Derechos Humanos. En concordancia con esto, la intermediaria podría sostener que su servicio no se limita a la comercialización de entradas de cine y que ofrece también información sobre la industria, encontrando especial amparo en la Ley 26032, artículo primero.²³

Esta tutela hacia la búsqueda, recepción y difusión de información de ideas por medios electrónicos, que la ley enmarca dentro de la libertad de expresión, garantía con raigambre constitucional, entiendo que no puede justificar los ilícitos reseñados *ut supra* ni podrá tampoco eximir a la intermediaria de su responsabilidad. La actividad principal de Fandango es la venta de entradas de cine y no el brindar información como lo hace un diario. No obstante ello, es un argumento a tener en cuenta que no debe descartarse. Podría invocarlo con éxito *Clarín* o cualquier portal dedicado genuinamente a brindar información.

4.3.3. Recopilación de datos

En la actualidad, existen en Argentina varios antecedentes en la industria cinematográfica que confirman el gran valor de la recopilación de datos o big data. Algunos de ellos, con mayor antigüedad, como Comescore o Ultracine.²⁴ También los anuarios estadísticos que pu-

23 “ARTÍCULO 1.- La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”.

24 Ver: <https://web.ultracine.com>.

blica anualmente la Gerencia de Fiscalización del Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA) (s.f.-a). Por lo general, el uso que se le dio a los datos fue mayormente para fiscalizar las regalías rendidas por los exhibidores o los impuestos devengados. Sin embargo, existen propuestas más recientes como Flix Media,²⁵ que funciona para Cinemark y Hoyts y posiblemente utilice inteligencia artificial para brindarles un servicio más personalizado a sus espectadores.

En el contexto global, donde la data es el nuevo petróleo, llama la atención cómo la propuesta comercial de Fandango, que le permite recopilar data de gran valor y además cobra por los servicios prestados a los cines, no les ofrece alguna otra propuesta de valor en este sentido. ¿No podría Fandango, además, ofrecer a los cines un servicio para mejorar el análisis de la big data, como por ejemplo el que ofrece Nubimetrics?²⁶

Sería de gran utilidad para los exhibidores una herramienta como Qualtrics de SAP. A través de la combinación y gestión de datos, Qualtrics mejora la experiencia de los usuarios y trabajadores de las empresas, personalizándolas. Hoy, las organizaciones deben adaptarse, recopilar data y principalmente optimizar el uso de los datos que recopilan. Como vivimos en una economía de experiencia, hay que estar a la altura de las expectativas, pues los espectadores están, como ya se refirió, a un clic de adquirir *tickets* ofrecidos por la competencia.²⁷

Otra alternativa útil sería Dynamics 365 de Microsoft, que ayuda a unificar datos, predecir conductas, ofrecer servicios personalizados y mejorar la experiencia con los clientes, fortaleciendo la fidelización de estos con la empresa.²⁸

Finalmente, IBM ofrece iX. Desde la intersección de la estrategia, creatividad y tecnología colabora con la transformación digital de las empresas, ayudándolas a redefinir su estrategia y crear experiencias excepcionales para sus usuarios.²⁹

Solo se presenta el tema, pues su desarrollo extendería este estu-

25 Ver: <https://www.flixmedia.com.ar>.

26 Ver: <https://www.nubimetrics.com>.

27 Ver: <https://www.sap.com/latinamerica/products/experience-management-xm.html>.

28 Ver: <https://dynamics.microsoft.com/es-mx/>.

29 Ver: <https://www.ibm.com/services/ibmix/>.

dio. Sin embargo, se señala su importancia. ¿Cómo resguarda Fandango la información recopilada? ¿Cumple con llevar un programa de *compliance* de protección de datos personales en los términos impuestos por el Reglamento de la Unión Europea 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, conocido como Reglamento General de Protección de Datos (GDPR, por sus siglas en inglés)?

¿Qué consentimiento prestan los usuarios con relación al uso de sus datos personales? ¿Fandango tiene potestad de cederlos, con quién comparte esa data? ¿Prestaron los usuarios conformidad con ello, cómo lo hicieron? ¿Cumple Fandango con la Ley 25326 de Protección de Datos Personales y su decreto reglamentario 1558/01? Este punto parece de vital importancia en el caso. La base de datos de los clientes de los cines, sus intereses y hábitos de consumo son de especial interés hoy para las distribuidoras que están lanzando sus propias plataformas de *streaming*, como Disney+. Precisan cautivar al público cinéfilo y convencerlo de contratar otro servicio más de *streaming* en sus hogares.

Los negocios que utilizan datos, los monitorean y realizan un *tracking online* hoy son muy discutidos en Europa, pues les sirvieron a los grandes medios para desarrollar publicidad basada en los intereses y perfiles de sus usuarios. Sin duda, la política de uso y resguardo de los datos amerita un desarrollo específico sobre el tema.

La industria debe tomar conciencia y capacitarse para comprender el valor y los riesgos del uso que conllevan las nuevas tecnologías. Esta disrupción se profundizará y seguirá generando mayores cambios y no todos los actores de la industria audiovisual logran comprender y valorar el uso de la información.

4.3.4. Competencia desleal

El fin de la competencia desleal es defender a los competidores a través de la buena fe comercial. Como se verá en la cuarta parte de este estudio, la defensa de la competencia, en cambio, protege la libre competencia que redundan en el bienestar de los consumidores.

Ya se describió que la estrategia de *marketing* de Fandango afecta a los cines competidores que no contrataron el servicio y se ven perjudicados por el abuso e ilegalidad de la estrategia de *marketing* y publici-

dad, en los términos del artículo 10 bis del Convenio de París.³⁰ Con las bandas de publicidad comercializadas en espacios donde se informa la cartelera de cines no afiliados, también se induce a error al espectador.

El dictado del Decreto 274/2019 que regula la Lealtad Comercial y la Competencia Desleal cobra relevancia en este caso. Si bien la norma es de dudosa constitucionalidad, pues es un decreto y su objeto fue legislar y establecer sanciones, se analizará porque brinda un marco normativo interesante para encuadrar el accionar de Fandango.

El artículo 8³¹ del Decreto 274/2019 dispone que no será necesario acreditar la generación de un daño, pudiendo este ser actual o potencial. Para el caso de referencia, la potencialidad del daño es muy clara, resultando más complejo cuantificarlo. Por otro lado, al describir en el artículo 10³² los supuestos particulares considerados

30 “ARTÍCULO 10 bis.- 1) Los países de la Unión se obligan a asegurar a los súbditos de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal. 2) Constituye un acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honrados en materia industrial o comercial. 3) Principalmente deberán prohibirse: 1° Cualquier acto de tal naturaleza que cree una confusión, por cualquier medio que sea, con el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 2° Las alegaciones falsas, en el ejercicio del comercio, que tiendan a desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; 3° Las indicaciones o alegaciones cuyo uso, en el ejercicio del comercio, sea susceptible de inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de las mercancías”.

31 “ARTÍCULO 8.- Prohibición. Están prohibidos los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten, el medio a través del cual se realicen y el mercado en el que tengan lugar. No será necesario acreditar la generación de un daño, pudiendo éste ser actual o potencial”.

32 “ARTÍCULO 10.- Supuestos particulares. Se consideran actos de competencia desleal, los siguientes: a) Actos de engaño: Inducir a error sobre la existencia o naturaleza, modo de fabricación o distribución, características principales, pureza, mezcla, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o compra, disponibilidad, resultados que pueden esperarse de su utilización y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que correspondan a los bienes y servicios. b) Actos de confusión: Inducir a error respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, los bienes o servicios propios, de manera tal que se considere que éstos poseen un origen distinto al que les corresponde. c) Violación de normas: Valerse efectivamente de una ventaja significativa derivada de competir mediante el incumplimiento de normas

actos de competencia desleal, aplicaría el inciso b): “Actos de confusión: inducir a error respecto del origen empresarial, el establecimiento, los bienes y servicios propios, de manera tal que se considere que éstos poseen un origen distinto al que les corresponde”. Este inciso es clave. Los actos de confusión son varios:

- A. Sobre los bienes o *tickets* que vende Fandango vinculando marcas ajenas.
- B. Sobre el producto adquirido por el espectador al clicar en la promoción 2x1, pudiendo tratarse de la misma película, pero exhibida en distintos establecimientos.

A su vez, el inciso g) del artículo 10 enumera los actos que aprovechan indebidamente la imagen, el crédito, la fama el prestigio o la reputación empresarial que corresponden a otro, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de otro. Nuevamente encuadran varias aristas de la estrategia de *marketing* y publicidad utilizada por Fandango.

legales. d) Abuso de situación de dependencia económica: Explotar la situación de dependencia económica en que pueda encontrarse una empresa cliente o proveedora que no disponga de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad en el mercado. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente, de forma regular, otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares. e) Obtención indebida de condiciones comerciales: Se considerará desleal la obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones no recogidas en el acuerdo pactado o sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales. [...] g) Explotación indebida de la reputación ajena: Realizar actos que aprovechen indebidamente la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de otro. h) Actos de imitación desleal: La imitación de bienes y servicios o iniciativas empresariales será considerada desleal cuando resulte idónea para generar confusión respecto de la procedencia de los bienes o servicios o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. i) Actos de denigración: Menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación de otro competidor, a no ser que las aseveraciones sean exactas, pertinentes y verdaderas [...]”.

Por último, el artículo 11³³ del decreto refiere a la publicidad engañosa, señalando que la prohíbe cuando mediante sus inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto a las características, condiciones de comercialización de bienes o servicios, entre otros.

Hasta aquí se refirió la estrategia digital de *marketing* de Fandango, aunque es oportuno señalar que las publicidades gráficas de Disney también encuadrarían como prácticas de competencia desleal. En 2019, esta empresa comenzó a promocionar distintos films en la vía pública, incluyendo una franja que dice “Entradas disponibles en Fandango”. Se adjunta la gráfica de *Capitana Marvel*, estrenada el 7 de marzo de 2019 en Argentina. En otros casos, la leyenda varió a “Entradas en Fandango”, como fue el caso de *Frozen II*, que se estrenó el 21 de noviembre de 2019 en Perú.



Figura 7. Afiche promocional del estreno del film *Capitana Marvel* en Argentina.

33 “ARTÍCULO 11.- Publicidad engañosa. Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”.



Figura 8. Afiche promocional del estreno del film *Frozen II* en Perú.

En ambos casos, las gráficas en la vía pública que antes realizaba Disney de manera neutral, sin relacionar ninguna marca, cine o intermediario, hoy llevan la publicidad de Fandango. Desde mi perspectiva, esta práctica encuadra en una conducta de competencia desleal, ya que los espectadores podrían:

- A. Entender que solo se comercializan entradas para esos films por Fandango y no por las boleterías de los cines.
- B. Al ingresar a Fandango para efectuar la compra, podrían confundirse entre los cines que efectivamente venden y los que no lo hacen por dicha plataforma, perjudicando directamente a los cines que no venden sus entradas allí y beneficiando solamente a los cines afiliados a Fandango.

Si, por ejemplo, Disney no realizara más publicidades neutrales de sus films (como lo hizo históricamente) y lo hiciera en adelante siempre por medio de Fandango, podría resultar una conducta reprochable por anticompetitiva a la luz de la defensa de la competencia. De manera indirecta, la licenciante distribuidora estaría obligando a los cines a afiliarse a Fandango para poder competir como

licenciatarios de sus productos en iguales condiciones que los cines afiliados al intermediario.

4.4. Responsabilidad de los cines contratantes

El contrato entre el exhibidor y el intermediario tiene varios efectos y, por ende, origina distintos tipos de responsabilidad. La de origen contractual:

- A. Entre las partes (intermediario proveedor y exhibidor contratante).
- B. Entre Fandango y los espectadores que compran los *tickets* mediante su web o aplicación.

También genera responsabilidad de tipo extracontractual: entre Fandango y los exhibidores o cines que no contrataron sus servicios.

La responsabilidad no se limita a las obligaciones entre las partes contratantes, sino que el acto de venta y la publicidad a través de la plataforma intermediaria también generarán obligaciones frente a terceros en los términos del artículo 1753³⁴ del CCCN. Es muy interesante preguntarse si el cine contratante del servicio deberá responder frente a un cine que no contrató con Fandango, pero que con la estrategia de *marketing* de la intermediaria ve afectados sus derechos exclusivos. Entiendo que sí para el caso de haber existido ardid.

De todo lo expuesto hasta el momento, concluyo que la responsabilidad de la intermediaria es clara. El desafío como juristas será determinar si es únicamente la intermediaria la generadora del daño o si la responsabilidad también podrá extenderse a quienes contratan el servicio y prestan servicios a través de dicha intermediación. Por ejemplo: ¿deberá Showcase responder por los daños que ocasionen las publicidades que realiza ofreciendo entradas 2x1 en la web de

34 “Art. 1753.- Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas. La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente”.

Fandango, donde se utiliza la marca de Belgrano Multiplex, cine no afiliado?³⁵ Los cines contratantes no pueden deslindar su responsabilidad por haber contratado a Fandango. El artículo 1753 del CCCN dispone la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente o las personas de las cuales se sirva para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas. Asimismo, determina que la falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal y que la responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente.

Finalmente, cabe preguntarse si los cines no afiliados a Fandango también podrían resultar responsables frente a los consumidores afectados por haber mantenido una actitud pasiva ante los abusos de Fandango, que generan confusión a su clientela. Todo ello en virtud del reconocimiento expreso del deber de no dañar que contempla el artículo 1710 y subsiguientes del CCCN.³⁶

4.5. Conclusiones de la primera parte

Por lo expuesto en este primer capítulo, se puede concluir que la estrategia de *marketing* de Fandango Argentina es altamente riesgosa, pues viola el artículo 31 de la Ley 22362 de Marcas, prestando a confusión a los consumidores y encuadrando también como Competencia Desleal en los términos del artículo 10 bis del Convenio de París y Decreto 274/2019 de Lealtad Comercial y Competencia Desleal. Podría también generar reclamos de consumidores por violar lo dispuesto por la Ley 24240 de Defensa del Consumidor, incluso dar lugar a la solicitud de daño punitivo en los términos del

35 Ver Figura 5.

36 “ARTÍCULO 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

artículo 52 bis³⁷ de esta ley y generar responsabilidad derivada de la Ley 25326 de Protección de Datos Personales.

Asimismo, afecta los intereses de los cines no afiliados mediante el uso y el aprovechamiento de sus marcas sin autorización y para posicionar a Fandango. La intermediaria lucra con la venta de espacios de publicidad, tiene el potencial de desviar clientela atraída por marcas ajenas y publicita la venta de *tickets* de competidores, encuadrando en el aprovechamiento indebido del prestigio ajeno. Puede generar pérdida de ventas a los terceros titulares de marcas utilizadas sin autorización y afecta la experiencia de sus usuarios digitales (hoy asimilable a la mala calidad de un servicio), pudiendo deteriorar el prestigio de esas marcas, lo que también podría implicar la pérdida de clientela.

También genera error en los espectadores consumidores, quienes podrían adquirir productos que no querían, generando confusión con el agotamiento de las localidades y construyendo una falsa vinculación de la marca Fandango con cines con los que no existe relación alguna. En este punto, se destaca que esta es la perspectiva desde la cual un juez analizará el caso. Tratándose de productos comprados para entretenimiento —de bajo costo—, existe mayor despreocupación y menor atención al realizar la compra. Por ello, deberá exigirse mayor rigor en la evaluación del caso.

Por otro lado, el tipo de intermediación tiene un riesgo que seguramente no fue informado ni analizado por los exhibidores cinematográficos que contrataron con la intermediaria ni por los cines afectados.

Este tema no parece estar en el radar de otros actores de la in-

37 “ARTICULO 52 bis.- Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”.

dustria cinematográfica argentina, como los productores, directores o distribuidores de cine independiente, que bregan por ampliar los espacios de diversidad cultural hace años; tampoco por aquellos que solicitan mayor fomento a la producción nacional, aumentos de la Cuota de Pantalla y mayor control a los espacios de exhibición para lograr mayor consumo de cine nacional. Estos actores de la industria audiovisual también podrían verse perjudicados por el accionar de la intermediaria una vez que esta logre instalarse en el mercado y alcance una masa crítica de espectadores. Fandango tiene un amplio potencial para direccionar al público espectador y priorizar la venta de *tickets* para determinado tipo de película, tomando control de uno de los activos más valiosos de las salas cinematográficas hoy: su clientela. Conoce a los espectadores y sus intereses, podrá vender productos de *streaming* y también migrar público de salas cinematográficas a plataformas digitales. Llama la atención que, a mediados de 2019, Fandango, que se anunciaba como el socio ideal de los cines para mejorar las ventas, publicitaba material para Netflix, que algunos ya consideraban el principal rival de los exhibidores.³⁸



Figura 9. Captura de pantalla de la página web de Fandango que publicita material de Netflix.

38 Ver: <https://www.fandango.lat/ar/noticias/netflix-nuevo-trailer-el-cristal-encantado-la-era-de-la-resistencia-39840>.

El INCAA, en el artículo 7 de la Resolución 1077/2012/INCAA,³⁹ dispone que los exhibidores cinematográficos deberán exponer los materiales de comunicación de las películas nacionales en los espacios destinados a ello de manera equitativa con los de otras películas a estrenar o en exhibición. El fin de esta norma era que las películas nacionales tuvieran afiches, *banners* y publicidad visible en los vidrios de ingreso al cine y en los *halls*, por ser ese un modo de promover el consumo de cine nacional. En encuentros multisectoriales de la industria, es habitual escuchar que las películas nacionales son relegadas por los exhibidores, que priorizan la venta de *tickets* para películas taquilleras de origen norteamericano. Se les reclama a los cines que brindan espacios de publicidad preferencial a los llamados “tanques”, proyectando sus tráilers, entre otros. Por el contrario, se sostiene que no se cumple con la Cuota de Pantalla de cine nacional o que se levanta intempestivamente la programación de películas nacionales aun cuando cumplen la media de continuidad que legalmente les garantiza la permanencia en cartelera por una semana cinematográfica más.

Cabe preguntarse si el impacto publicitario pasa hoy por los afiches o *banners* colgados en los cines, como tutela la norma. La Resolución 1077/2012/INCAA fue diseñada para un momento en el que la compra del *ticket* se daba en la boletería del mismo establecimiento exhibidor. No obstante ello, hoy el estímulo predominante para ir al cine o elegir qué película ver parece haberse desplazado fuera de las salas de cine hacia los medios digitales o la vía pública. De aquí la relevancia de comprender las dinámicas y el alcance de las que fueron analizadas en este trabajo.

Este capítulo abre una agenda de temas importantes que trascienden el intermediario bajo estudio que hoy es Fandango, pero mañana podría ser otro. El presente trabajo puede aprovecharse para enriquecer a la industria. Por un lado, hay que lograr que los empresarios comprendan el valor de una marca, cómo y cuándo deben

39 “ARTICULO 7º.- Las empresas exhibidoras deberán exhibir los materiales de comunicación de la película en los espacios destinados a ello, de manera equitativa con los de otras películas a estrenar o en exhibición, también deberán exhibir la totalidad de las colas de las películas entregadas, por lo menos en las funciones centrales, con QUINCE (15) de anticipación a la fecha consignada como estreno tentativo”.

permitir el uso que le da un tercero, entender los beneficios de ser titulares marcarios y cómo defender este activo.

Por otro lado, con respecto a los clientes, se abren varios desafíos. En primer lugar, lograr proteger la cartera de clientes, comprender que es un activo de alto valor, muy atractivo para propuestas que pueden resultar alternativas o sustitutas, en algunos casos, de ir al cine. Los empresarios deben favorecerse con los datos que recopilan, interpretarlos, analizarlos y utilizarlos para leer qué esperan sus clientes hoy; mejorar con ellos la experiencia de los usuarios de sus salas; dimensionar el valor de cuidar a sus clientes, la experiencia del usuario en el mundo digital, donde la competencia está tan cerca; diseñar lo necesario para minimizar el riesgo de reclamos que puedan realizar los consumidores que ostentan la tutela específica dispuesta por la Ley 24240 y proteger especialmente toda la data recopilada.

Finalmente, es vital para todos los actores involucrados comprender los límites de la competencia, cuándo hay buena fe comercial y cuándo una estrategia, aún exitosa en el mundo del *marketing*, se torna desleal para la empresa competidora.

Los guionistas dicen que toda acción que realiza un personaje debe cobrar sentido al terminar el film. Comparto, entonces, mi conclusión para este primer capítulo. La intermediación de Fandango está lejos de buscar el impulso de los exhibidores cinematográficos en Argentina.

5. Parte 2: Fandango como fuente de innovación

Este capítulo tiene por objeto determinar el grado de innovación que tenía Fandango al mes de diciembre 2019 en Argentina. Se analizará el contexto global, distintos aspectos de su intermediación en la industria local, las necesidades existentes y los servicios ofrecidos como propuesta de valor para los actores más relevantes en este análisis.

5.1. ¿Propuesta de valor innovadora?

A priori, el servicio de Fandango en Argentina no parecería ser fuente de innovación. Se asemeja más bien al modelo de negocio de su antecesora MovieTickets.com, disruptivo en el año 2000.

Para entender mejor el contexto y el impacto del objeto de estudio en el ámbito de la propiedad intelectual, corresponde efectuar algunas aclaraciones. Las obras cinematográficas exhibidas y para las cuales se venden *tickets* se encuentran tuteladas por el derecho de autor y son consideradas obras en colaboración. Según el artículo 20⁴⁰ de la Ley 11723, la autoría es reconocida tanto al autor del argumento o guionista como al productor y al director cinematográfico, contemplándose también al compositor en las obras cinematográficas musicales. Los derechos de exhibición son licenciados a las salas de cine con la intermediación de las distribuidoras cinematográficas, las cuales colaboran con la comercialización de los films y tienen a cargo las campañas publicitarias. También gestionan la solicitud de calificación de las películas ante la Comisión Asesora de Exhibiciones Cinematográficas (CAEC), que en virtud de lo dispuesto por la Ley 23052 establece si un film es apto para ser visto por menores de edad o, en su caso, previene a los mayores con una calificación específica. Además, les cobran a los exhibidores una regalía, que suele oscilar entre un 35% y un 55% del precio neto de venta del *ticket* y luego les rinden cuenta a los productores.

A su vez, el artículo 56⁴¹ de la Ley 11273 establece el derecho de

40 “ARTÍCULO 20.- Salvo convenios especiales, los colaboradores en una obra cinematográfica tienen iguales derechos, considerándose tales al autor del argumento, al productor y al director de la película. Cuando se trate de una obra cinematográfica musical, en que haya colaborado un compositor, éste tiene iguales derechos que el autor del argumento, el productor y el director de la película”.

41 “ARTÍCULO 56.- El intérprete de una obra literaria o musical, tiene el derecho de exigir una retribución por su interpretación difundida o retransmitida mediante la radiotelefonía, la televisión, o bien grabada o impresa sobre disco, película, cinta, hilo o cualquier otra substancia o cuerpo apto para la reproducción sonora o visual. No llegándose a un acuerdo, el monto de la retribución quedará establecido en juicio sumario por la autoridad judicial competente. El intérprete de una obra literaria o musical está facultado para oponerse a la divulgación de su interpretación, cuando la reproducción de la misma sea hecha en forma tal que pueda producir grave e injusto perjuicio a sus intereses artísticos. Si la ejecución ha sido hecha por un coro o una orquesta, este derecho de oposición corresponde al director del coro o de la orquesta. Sin perjuicio del derecho de propiedad perteneciente al autor, una

los intérpretes y el derecho a percibir una retribución por la comunicación pública de sus interpretaciones. Estos derechos se denominan “conexos”, pues están ligados a la obra protegida por derecho de autor. En el caso bajo estudio, la obra protegida es la obra cinematográfica y los titulares del derecho conexo son los artistas intérpretes o actores que realizan la interpretación actoral y aquellos que interpretan por doblaje, ya sea en obras animadas u obras dobladas al español. Este derecho fue muy cuestionado y resistido por la exhibición. Con el dictado de la Resolución 181/08 de la Secretaría de Medios de Comunicación, que le otorgó la representatividad a la Sociedad Argentina de Gestión de Actores Intérpretes Asociación Civil (SAGAI) en el territorio argentino para recaudar, administrar y distribuir las retribuciones cobradas a los usuarios, comenzó un período de negociación entre esta entidad y los exhibidores para pactar dicho arancel. El anexo de la norma disponía que las salas de exhibición cinematográfica pagarían por la proyección de las películas y comunicación pública de las interpretaciones el 2% de los ingresos obtenidos por la venta de entradas. No eximía a la exhibición primaria que hacían los cines con los estrenos o a las obras realizadas bajo el sistema de *copyright* ni tampoco diferenciaba los tipos de interpretaciones. El monto resultaba exorbitante para la exhibición, que lo señalaba como confiscatorio y además impactaba directamente en las regalías a cobrar por la distribución. Ante la resistencia de los cines a arribar a un acuerdo, SAGAI comenzó en 2008 los reclamos formales y judiciales a las emisoras de televisión por cable o satélite, y en junio de 2009 demandó a varias exhibidoras radicadas en la Ciudad de Buenos Aires y el Gran Buenos Aires. Los juicios fueron complejos y exceden el objeto de este estudio. En junio de 2010, Village celebró el primer acuerdo con SAGAI y luego el resto de la industria comenzó a acordar contractualmente el pago de un arancel progresivo, que excluía a las producciones o coproducciones norteamericanas y fijaba, entre otros, distintos aranceles para cada tipo de interpretación.

obra ejecutada o representada en un teatro o en una sala pública, puede ser difundida o retransmitida mediante la radiotelefonía o la televisión, con el solo consentimiento del empresario organizador del espectáculo”.

En la actualidad, existen distintas entidades de gestión que perciben aranceles por la venta de *tickets*, ya sean en virtud del artículo 20 o del 56 de la Ley 11723: A) ARGENTORES, que representa a los guionistas; B) DAC que representa a los Directores Argentinos Cinematográficos; y C) SAGAI, que representa a los artistas intérpretes actorales o por doblajes. Pese a existir una obligación formal diaria para los exhibidores de informar la venta de *tickets* ante el INCAA, estos también asumen la obligación de colaborar informando a las entidades de gestión los detalles de las obras exhibidas con una periodicidad e información determinada contractualmente. En el caso de SAGAI, la obligación de informar y liquidar es cuatrimestral, salvo pactos particulares, por lo que solicitan el código otorgado a la película por el INCAA, el nombre de la película, quién es el director, cuál es el origen y cuál fue la venta neta, entre otros, con el fin de facilitarle a la entidad de gestión la posterior tarea de distribución de los aranceles percibidos.

Se analizará a continuación la propuesta de valor que la intermediaria ofrece para cada segmento.

5.1.1. Para los exhibidores

Fandango vincula el sistema de venta de BOC propio de cada cine con el sitio web de ventas *online* y la aplicación de Fandango, mediante una interfaz de su desarrollo y propiedad. También habilita al cine la opción de vender los BOC desde la aplicación de Fandango. Asimismo, ofrece licenciar el *software* para que cada cine pueda utilizar la aplicación con su marca. Lo cierto es que, a diciembre de 2019, casi todos los cines ya habían desarrollado o licenciado sistemas de venta *online* y tenían sus páginas web en funcionamiento, por lo que contratar a Fandango no abarataría el costo de la gestión de sistemas (*hosting*, licencias, soporte, desarrollo, etc.).

Los cines deben mantener su sistema de venta propio para poder ofrecer la venta *in situ* y además para cumplir con la Resolución 2809/2014/INCAA (Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales, s.f.-b), que exige que las proveedoras de *software* para la venta de BOC tengan una validación del Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI). Esta es otorgada a pocos proveedores de *software*,

dentro de los cuales no se encontró a Fandango. Los exhibidores cinematográficos tienen cargas formales y un exhaustivo control sobre la venta, pues, además de los gravámenes propios de las actividades comerciales, son agentes de percepción del Impuesto al Cine que paga el espectador al momento de comprar el BOC, debiendo percibirse también al ingresar a funciones sin cargo, detalle que el público general suele desconocer. Además, y como ya se explicó, se devengan aranceles que recaudan distintas entidades de gestión. Fandango no alivia ninguna de las cargas administrativas o contractuales de los exhibidores.

Por otro lado, con lo que a la publicidad de los films respecta, para atraer al público a las salas cinematográficas Fandango tiene una fuerte presencia en el mundo digital y en la vía pública. La presencia en la vía pública no parece superar la que ya existía en cabeza de las distribuidoras cinematográficas, mientras que el gran diferencial se encuentra en el mundo digital. En la actualidad, varias películas distribuidas por Disney, como por ejemplo *El Rey León* o *Frozen II*, fueron publicitadas de manera conjunta entre Disney y Fandango. Desde esta perspectiva, podría decirse que la intervención de Fandango no ofrece ventajas superadoras para la exhibición, sino que desplaza un costo que antes asumía íntegramente la distribución dentro de la regalía que percibía de los cines y hoy se trasladó al exhibidor o al público, agregando una comisión más a la compra del *ticket* de cine.

Como ya se desarrolló en la primera parte del trabajo, Fandango utiliza en su estrategia de *marketing* las marcas de las salas que contrataron su servicio y también aquellas salas que no contrataron el servicio, con el fin de traccionar espectadores a su página y vender *tickets* para los cines adheridos, beneficiándose ilegítimamente al atraer público a su plataforma.

Se concluye que ni la tecnología, ni la estrategia de *marketing* ni la propuesta de valor ofrecida por Fandango brindan un servicio innovador o lo suficientemente atractivo para la exhibición local. No reduce costos operativos ni cargas administrativas o formales a cargo del cine, sino que les ofrece un servicio que la mayoría de las salas ya desarrolló y agrega un costo a la transacción de venta de *tickets*. Tal vez estas son algunas de las razones por las que, a diciembre de 2019, solo ocho cines en Argentina habían contratado su servicio.

5.1.2. Para las distribuidoras

Visto desde el punto de vista de las distribuidoras cinematográficas —como Disney, Warner Fox, United International Pictures (UIP) y otras que licencian su material a las salas de cine para exhibirlo—, Fandango sí ofrece una propuesta de valor innovadora. Agrega valor a las distribuidoras por medio de acuerdos publicitarios y permitiendo mayor control de la venta de *tickets*, lo que aporta mayor transparencia al negocio.

Fandango realizó acuerdos publicitarios en la actualidad con Disney, por lo que se advierte que parte de la gráfica que históricamente solo publicitaba una película hoy cuenta también con una banda publicitaria que dice, por ejemplo, “Entradas disponibles en Fandango”. Es posible que dicho acuerdo comercial reduzca los costos publicitarios que las distribuidoras antes debían destinar a tal fin, siendo por ello beneficioso e innovador para la distribución que realiza campañas publicitarias con Fandango.

Asimismo, se advierte una fuerte presencia de Fandango en los canales digitales —como YouTube, Google Ads— para promocionar la venta de películas y exhibir sus tráilers. En este sentido, también Fandango parece dominar el mundo digital con excelencia y, por ello, les provee a las distribuidoras cinematográficas con las que tiene contrato una herramienta vital para publicitar el producto que licencian digitalmente.

Adicionalmente, con la intermediación de Fandango, el sistema de ventas de *tickets* para el cine que contrata el servicio ya no lo controla el cine exclusivamente, sino también un tercero con acuerdos con las distribuidoras. Ofrece así un mecanismo de mayor transparencia y control sobre la venta de *tickets* de cine. En este punto cabe detenerse. La necesidad de las distribuidoras de controlar la cantidad de espectadores que ingresan a las salas cinematográficas, el valor de los *tickets* y el alcance de las promociones que ofrecen los cines tiene larga data. Cuando la distribución de las películas se hacía en celuloide, se solía enviar a una persona llamada “control” a cada sala cinematográfica para que, *in situ*, contara la cantidad de espectadores que ingresaban a las funciones. Con el surgimiento del cine digital, aparecieron medidas de seguridad, como la llamada “llave”, que es la clave o código otorgado por la distribuidora al exhibidor para habi-

litar la exhibición digital de un film. Antes, la limitación de “controles” enviados a controlar en las salas y las distancias entre estas eran una barrera que hoy ya no existe. En la actualidad, de manera digital y con menor costo, se puede verificar que la cantidad de veces que se exhibió un film coincida con la cantidad de funciones autorizadas por la distribuidora, permitiendo un mayor control sobre el uso del material licenciado y el cobro de las regalías.

Desde las obligaciones formales impuestas por el INCAA, los cines deben guardar los talones del BOC cortados al ingresar a la sala, tienen la obligación de cumplir con la declaración jurada —conocida como Formulario 700— impuesta a los exhibidores cinematográficos con periodicidad diaria, deben emitir un BOC a cada espectador que ingrese aun de modo gratuito y utilizar sistemas informáticos inscriptos validados, entre otras. Todas estas medidas, con el fin de fiscalizar la venta de *tickets* y el ingreso a las salas de cine. De la venta de *tickets* depende el monto de las regalías a favor del licenciante, la integración del Fondo de Fomento Cinematográfico que administra el INCAA y el cobro de los aranceles por las distintas entidades de gestión.

La propuesta de Fandango parecería brindar una solución bastante novedosa e innovadora en el sentido de la fiscalización, al menos para las que están a cargo de las distribuidoras. Con su intermediación, habilita el control de la venta de cada sala a tiempo real. Asimismo, brinda mayor claridad sobre el ingreso de espectadores para cada función, el valor del *ticket* abonado, las promociones vigentes y, por ende, el porcentaje de regalía a cobrar por la licenciante.

En la actualidad, existen distintos tipos de acuerdos comerciales, que dependen de cada sala y permiten el ingreso de los espectadores a un valor promocional. Por ello, el porcentaje de espectadores que ingresan al cine abonando el *ticket full prize* es muy reducido. La distribución suele cuestionar la falta de conocimiento sobre los términos de esos acuerdos, que se pactan sin su intervención y disminuyen directamente el monto de las regalías a cobrar.

5.1.3. Para los espectadores

La propuesta de valor que ofrece Fandango para los espectadores tampoco resulta demasiado atractiva o innovadora. La mayoría de

las salas ya ofrecen la posibilidad de adquirir *tickets online* y la propuesta de Fandango no se diferencia de servicios ya existentes.

En primer lugar, agrega un costo de transacción o comisión para el espectador. Tratándose de una *multisided platform*, podría traccionar mayor cantidad de espectadores a su plataforma si el servicio para la venta del *ticket* fuera gratuito. Esto le permitiría, a su vez, lograr un efecto red con mayor rapidez y consolidar la costumbre de la compra digital de *tickets* en los espectadores. Sin embargo, cobra un cargo por la venta de *tickets* cuando, desde mi punto de vista, debería subvencionarlo (Osterwalder y Pigneur, 2010, p. 79) con la venta de espacios de publicidad y la utilización de la data recabada, que tiene muchísimo valor en el contexto actual de disrupción digital de la industria audiovisual.

Por otro lado, afecta la experiencia del usuario que ingresa a su plataforma, atraído por un aviso de Google para comprar *tickets* para los cines no adheridos a Fandango. Como ya se explicó, este espectador nunca podrá adquirir esos *tickets* en esa plataforma y entorpecerá su experiencia digital, sin lograr concretar la operación de compra.

También podrá confundir al espectador induciéndolo a comprar entradas para los cines sí adheridos a Fandango, ofreciendo ofertas 2x1 en *banners* publicitarios colocados en las páginas, los cuales brindan información de las salas no adheridas, como ya se señaló más arriba.

Fandango no ofrece una publicidad comparativa que informe sobre las mejores ofertas, valores de los *tickets* o funciones más económicas, ejemplos que favorecerían al espectador al brindarle la oportunidad de ver la misma película a un menor costo.

Finalmente, tampoco iguala los programas de fidelización que ofrecen distintos establecimientos como Cinemark y Hoyts con CineFan, que ofrece regalos de bienvenida, descuentos en entradas, combos para el *candy bar*, concursos y puntos que se pueden canjear, entre otros.

5.2. Niveles de gestión de la propiedad intelectual

Este caso resulta especialmente interesante por los puntos de contacto que tiene con distintos derechos derivados de la propiedad in-

telectual. A medida que se profundiza en este, se percibe cómo la intermediación propuesta podría adaptarse para optimizar la gestión de esos derechos. Por ejemplo, simplificar el cobro de las regalías percibidas por todos los distribuidores, lo que favorecería también a los productores. Agilizar la recaudación de los aranceles percibidos para los titulares de los derechos de intérprete cobrados y distribuidos por SAGAI o el derecho de autor cobrado y distribuido por ARGENTORES o DAC. La intermediación mejorada tendría el potencial de incrementar el beneficio para los diferentes segmentos de la industria, aportar transparencia y, además, disminuir el costo de recaudación y distribución, tal vez permitiendo un producto final más accesible para el espectador.

Para continuar profundizando en el estudio, se utilizó la pirámide propuesta en *Edison and the Boardroom revisited*, libro de autoría de Suzanne S. Harrison y Patrick H. Sullivan (2012). Si bien la herramienta se enfoca mayormente en las invenciones patentables, se hizo el ejercicio de aplicarla al caso Fandango. Se comenzará por detallar parte de los activos intangibles identificados bajo la titularidad de Fandango.

5.2.1. Activos identificados

Los activos intangibles vigentes identificados a diciembre de 2019 en Argentina, según la base del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, fueron las siguientes marcas, pues patentes no poseen: 1) marca denominativa “Fandango” registrada para la clase 41 bajo el acta 3342058 de titularidad de Fandango Media LLC., vigente hasta el 14/9/2025; 2) marca denominativa “Flixter” registrada para las clases 9, 35, 38 y 41 bajo las actas 3101335, 3101336, 3101337 y 3101338 de titularidad de Fandango Media LLC, vigente hasta el 26/10/2022; registrada para toda la clase 45, acta 3209603 idéntica titularidad y con vencimiento el 6/2/2024; 3) marca mixta “F” registrada para la clase 41 bajo el acta 3467879 y 3157545 de titularidad de Fandango Media LLC, vigente hasta el 08/10/2028 y 10/6/2022, respectivamente; 4) marca denominativa “Rotten Tomatoes” registrada para las clases 9, 38 y 41 bajo las actas 3101340, 3101341 y 3101342 de titularidad de Fandango Media LLC, vigente hasta

el 26/10/22, 3/5/2023 y 26/10/2022, respectivamente, transferidas de Flixster INC a Fandango Media LLC; 5) interfaz para integrar la venta de *tickets* de cada sala con la plataforma de Fandango; 6) aplicación desarrollada por Fandango que ofrece licenciar a las salas de cine.

A su vez, desde el año 2000 Fandango Media LLC tuvo un rol activo en la presentación de solicitudes de marcas en Argentina, obteniendo la titularidad de las marcas: “Fandango” como marca denominativa, “F” como marca mixta y “F Fandango” como marca mixta, todas para el rubro 41 con la limitación ya mencionada. También se vislumbra un rol activo en la gestión de la propiedad intelectual, ya que renovaron marcas concedidas en el año 2004, defendieron oposiciones como la 603551 del 27/11/2014 o la 642724 del 26/5/2017 y existieron cesiones de marcas, como la efectuada el 08/03/2017 por la clase 41 de Rotten Tomatoes transferida de Flixster INC a Fandango Media LLC.

De lo antes expuesto puede concluirse que Fandango, al igual que las distribuidoras internacionales, tienen un rol vital creando valor a través de sus activos intangibles, tutelando parte de ellos bajo la protección de la propiedad intelectual, como el *copyright*, derecho de autor, marcas, patentes y posiblemente secretos comerciales. De esta manera, optimizan su defensa, venta y posibilidad de licenciamiento. Es altamente posible que también sean titulares de otro tipo de activos intangibles, como manuales, procesos claves, *know how*, big data, datos personales de sus usuarios, cultura empresarial, etc.

5.2.2. Pirámide jerárquica de gestión de la propiedad intelectual

En cuanto a las posiciones que ocuparían en la pirámide jerárquica de gestión de propiedad intelectual que enseñan Harrison y Sullivan (2012), Fandango y las distribuidoras internacionales conocidas como *majors* han superado ya:

1. El primer nivel de la pirámide, o posición de defensa, donde la propiedad intelectual es simplemente vista como una herramienta legal para tutelar los bienes intangibles.
2. El segundo nivel, u optimización de los costos de tutela de la propiedad intelectual. Se caracteriza porque la propiedad in-

lectual es aún vista como una herramienta esencialmente legal, si bien se logra mejorar su gestión y reducir los costos de mantenimiento. Las distribuidoras son titulares de portfolios de propiedad intelectual con bienes estratégicos, otros con un valor moderado y descartan aquellos sin más valor. En el caso de Fandango, se observó en este nivel un cambio de gestor y estudio jurídico cuando renovaron sus marcas en el año 2014. Dicho cambio pudo tener el fin de mejorar la gestión de su propiedad intelectual u optimizar los costos.

3. El tercer nivel, conocido como captación de valor, en el que las empresas pasan a considerar la propiedad intelectual como una herramienta que apalanca la creación de valor del modelo de negocios. En ese sentido, pasa de ser una herramienta legal a ser parte de la estrategia del negocio. La industria cinematográfica es un ejemplo histórico e icónico de la generación de valor y excelente gestión de la propiedad intelectual mediante la realización de films.

Si se utilizara la herramienta para las distribuidoras internacionales, estas cumplirían los cuatro puntos vitales del *management* de la propiedad intelectual, como se señala en *Edison in the Boardroom*. Primero, identifican qué valor obtendrían con su propiedad intelectual. Segundo, elaboran una estrategia de creación de valor para su propiedad intelectual, pero idealmente vinculada con la de su modelo de negocio y objetivos a largo plazo. Tercero, organizan la compañía para crear valor. Cuarto, miden y monitorean con reportes y métricas los resultados favorables y negativos.

El modelo de negocio de las distribuidoras internacionales posiblemente contemple como fuente de ingresos las regalías cobradas por la venta de *tickets* para el cine, los subsiguientes modos de explotar el film en otros canales —como los digitales—, la creación de personajes icónicos, el licenciamiento de sus marcas y personajes para *merchandising*, muñecos o ropa de acuerdo a ubicación geográfica, fecha de estreno del film, etc. El resultado de la correcta gestión de la propiedad intelectual en el ámbito audiovisual supera el impacto de cualquier empresa que genera riqueza económica. Un producto audiovisual exitoso puede también ser un canal de formación que

trasciende fronteras políticas y, a través del dominio cultural, genera gran impacto en la sociedad.

Fandango también genera valor con sus bienes intangibles y los gestiona correctamente. Licencia su *software* y lucra con la contratación de su servicio de intermediación. Vende espacios de publicidad en su plataforma, tiene un rol activo defendiendo sus marcas y en las plazas donde alcance el efecto de red de los mercados multilaterales obtendrá una ventaja competitiva que elevará la barrera de ingreso para competidores.

4. En el cuarto nivel sintetizan oportunidades y hacen *management* de los riesgos. Evalúan, por ejemplo, cómo la innovación creada puede perder valor ante el posterior surgimiento de propuestas comparables. Se analizan los riesgos jurídicos, legislativos y regulatorios de la innovación y el impacto que puedan tener sobre los activos intangibles. En este punto, Fandango en Argentina no parece haber alcanzado el cuarto nivel de la pirámide. De hecho, como se describió en la primera parte de este trabajo, tiene una estrategia legalmente riesgosa sin haber alcanzado aún una penetración óptima en el segmento de exhibidores.
5. En el quinto nivel señalan cómo diseñar el futuro. La propiedad intelectual y otros intangibles han superado los cuatro niveles anteriores y, en este estadio, son elementos vitales para diseñar el futuro de la compañía.

Se entiende que las distribuidoras cinematográficas conocidas como *majors* alcanzaron el punto máximo de la pirámide. Son empresas longevas, que tienen crecimiento económico continuo y controlan y diseñan el futuro a través de la correcta gestión de su propiedad intelectual. Crean constantemente productos que son exitosos porque llevan años de trabajo, diseño, prueba y rediseño de estrategias. También hay numerosos profesionales que trabajan en distintos grupos o estadios hasta alcanzar sus productos, atienden cada detalle profesionalmente y en sus resultados confluyen su *expertise*, profesionalismo y años de trayectoria. Además, tutelan sus creaciones bajo distintas figuras de la propiedad intelectual con un marco defensivo y una estrategia de licencias, acuerdos exclusivos y fuerte defensa de sus activos. Por ejemplo, Disney protege sus creaciones animadas y,

además, explota comercialmente los personajes, generando ingresos a través del cobro de regalías. Son expertos en crear campañas publicitarias para difundir sus productos y alcanzar un mayor consumo de estos. Además de crear nuevos productos constantemente, trasladan el valor de sus activos intangibles a sus marcas, tutelándolas indefinidamente. Hoy, una película distribuida por Disney vende tanto por la calidad del film como por el valor de la marca que la distribuye, la cual ya garantiza calidad y, por ello, suele tener gran tracción de espectadores. Además, ha demostrado que tiene la flexibilidad y el capital para superar los cambios y disrupciones tecnológicas que desplazaron a otros competidores. La creación de Disney+ o Fox Play demuestra con claridad que está a la vanguardia.

También realiza alianzas estratégicas, como podría ser la reciente compra de Fox. El acuerdo comercial de Disney y Fandango es otra alianza estratégica que a Disney le aportará mayor información del segmento de venta de *tickets* para cine, posiblemente obtener la data de la cartera de clientes de los cines, ofrecerles directamente su servicio de *streaming*—seguramente con una campaña atractiva para cada segmento de clientes— y tener mayor control de los canales utilizados para explotar sus obras.

Fandango en Argentina parecería haber alcanzado el nivel tres de creación de valor a través de sus intangibles. Demostró tener la habilidad de identificar oportunidades, desarrollar *software* y licenciarlo y tener el permiso necesario para usar el material publicitario de películas y tráilers; además, logró acuerdos publicitarios, como el que tiene con Disney.

En cuanto a la extensión geográfica, las distribuidoras son empresas internacionales con alcance global y Fandango también tiene presencia internacional. Logró una fuerte y reciente expansión en Latinoamérica. En ambos casos, las distribuidoras internacionales y Fandango generan valor mediante el correcto uso y gestión de su propiedad intelectual.

Por último, es importante destacar que tanto Fandango como las distribuidoras internacionales son actores de la industria que demuestran tener misión, visión, objetivos a largo plazo, una gestión ordenada de sus intangibles y una correcta planificación e integración de la propiedad intelectual con su modelo de negocio. También

lograron una expansión de la innovación, con continua generación de novedades, conocimiento y adelanto a las nuevas tendencias tecnológicas y de consumo.

Por el contrario, los exhibidores cinematográficos en Argentina ocuparían en su mayoría un lugar opuesto en la pirámide jerárquica. Algunos incluso estarían directamente fuera de esta. No son en todos los casos titulares marcarios. Hay excepciones como Cinemark, que hasta es titular de una patente en Estados Unidos. Por el contrario, la mayoría de los cines independientes en Argentina ni siquiera tienen presente cuáles son sus activos intangibles ni conocen los beneficios que obtendrían con su tutela legal. Tampoco suelen documentar las políticas empresariales, confeccionar manuales con procedimientos ni protegerlos, menos aún diseñar manuales que garanticen la calidad de los servicios ofrecidos al público para fortalecer la fidelización con su clientela. No suelen estar alertas para captar nuevas oportunidades ni suelen utilizar de modo defensivo su propiedad intelectual. Prueba de ello es que, a diciembre de 2019 *Fandango* en Argentina no fue demandado por el uso marcario ilegítimo que hace de las marcas y denominaciones comerciales de terceros.

5.3. Conclusiones segunda parte

Este capítulo profundiza el estudio del caso *Fandango* explorando el modo en el que los distintos actores de la industria gestionan su propiedad intelectual. Sirvió para encontrar semejanzas y afinidades entre *Fandango* y las distribuidoras internacionales, conocidas como *majors*, desde el punto de vista del modelo de negocio, la estrategia y la gestión de sus intangibles.

En este aspecto, existe una brecha aguda entre las distribuidoras internacionales y los exhibidores independientes, y esa diferencia responde también a las diferentes posiciones en las que se encuentran dentro de la pirámide jerárquica de gestión de propiedad intelectual que enseñan Harrison y Sullivan (2012), con grados de madurez, trayectoria, comprensión del valor y gestión de sus intangibles radicalmente distintos. Si bien son parte de una misma industria, conciben el negocio de manera muy diferente. Por un lado, existen empresas expertas en el desarrollo y la tutela de la propiedad intelectual.

tual, exportadoras de sus activos, muy profesionalizadas y con gran capital. Por el otro, empresas con una visión localista, pyme, de corto plazo, sin una estrategia, ni capital ni el conocimiento necesario para desarrollar innovación o gestionarla.

Fandango ofrece una propuesta de valor innovadora para las distribuidoras cinematográficas internacionales, con las que además comparte una visión, misión y estrategia a largo plazo. Por el contrario, las salas de cine en Argentina, salvo excepciones, tienen un gran retraso en la gestión de la propiedad intelectual, tutela de sus intangibles y entendimiento de las nuevas tecnologías y costumbres de consumo.

Analizar la gestión de la propiedad intelectual y el grado de innovación propuesta por Fandango ayuda a comprender la brecha que existe en Argentina en la industria cinematográfica. Se percibe una gran distancia que podría describirse como brecha cultural. Nuestros empresarios nacionales conciben el negocio con una mirada localista y cortoplacista, posiblemente por contar con un capital muy limitado. En casos excepcionales, suelen contar con equipos de trabajo profesionalizados. Por el contrario, las multinacionales norteamericanas tienen estrategias globales, a largo plazo, apalancadas en el desarrollo, con equipos de expertos y profesionales que los orientan. Exportan hace años sus productos a todo el mundo y son pioneros en la gestión de innovación. Poseen el capital necesario y el talento profesional y creativo para invertir, adaptarse, crear y comercializar sus productos con liderazgo.

El advenimiento de la pandemia provocada por el COVID-19 precipitó la aceleración de la transformación digital en la industria audiovisual. Debilita más aún la posición de las salas de cine frente a las distribuidoras cinematográficas internacionales. Estas son las licenciantes del contenido que los cines precisan para traccionar al público a sus salas. Además, ahora cuentan con canales propios para exhibir su material directamente al público con un *mindset* cada vez más digital. Seguramente, las distribuidoras se replantearon su estrategia con el advenimiento del COVID-19 y trabajen en planes de contingencia a nivel internacional y con el capital necesario para ello. Por ejemplo, se retrasaron muchos estrenos cinematográficos a nivel mundial, como las sagas *Avatar*, *Mulán* o *Star Wars* y harán lo

mismo con el material que entienden debe lanzarse en la pantalla grande para lograr el alcance y difusión que brinda un estreno mundial de cine (*El cine en tiempos de Coronavirus...*, 2020).

Por otro lado, los cines locales nuevamente piensan más en la crisis inmediata provocada por el COVID-19, en el protocolo de reapertura de sus salas y en reabrir sus puertas. Cuentan con escaso capital para garantizar la sostenibilidad de las empresas que enfrentan una de las peores crisis en la historia y buscan alternativas para mantener la fuente de trabajo de sus empleados. Asimismo, tienen el foco en sobrevivir a la pandemia, dejando de lado temas centrales, como la disrupción de la industria audiovisual iniciada antes de la pandemia. Pocos conocen el impacto que tienen y tendrán los intermediarios digitales en sus negocios, la aceleración de los cambios en los hábitos de consumo o la vigencia que tendrán sus modelos de negocios en la nueva normalidad.

Este capítulo también abre una agenda de temas que podrían enriquecer a toda la industria cinematográfica. Para Fandango, o algún sustituto que pudiera surgir, los ayuda a comprender cuáles son las necesidades insatisfechas que tiene la exhibición y ofrecer una propuesta de valor que sirva como fuente de innovación para los cines. Señala límites que deberían comprender y respetar como propiedad de terceros e insta a entablar una alianza de buena fe con los cines, solicitando autorización para utilizar sus marcas, tomar control de la cartera de clientes y ofrecerles herramientas para mejorar o compartir los beneficios del uso de la data que recopilan. Asimismo, podrían entablar alianzas a largo plazo también con los cines y consolidarse como intermediarios necesarios que ofrecen innovación a todos los segmentos y, con ello, crecimiento para ambas partes.

A los exhibidores los desafía a aprender de casos exitosos, como las *majors* o Fandango. Así, mejorarían sus modelos de negocio si pudieran gestionar correctamente la propiedad intelectual, anticiparse a las nuevas tendencias tanto digitales como de consumo, comprender que las alianzas colaborativas ofrecen mayor riqueza que las pujas distributivas y estudiar cuáles son las estrategias que resultaron exitosas en los proveedores del contenido que exhiben para adoptar aquello que pueda hacer crecer la exhibición también. Asimismo, podrían redefinir la manera en la que abordan las negociaciones con

las distribuidoras, viendo en ellas a sus aliados estratégicos, respetando sus regalías y ofreciéndoles garantías de transparencia en lugar de solamente pelear porcentajes. También colaborar con aquellos que les proveen el material del que dependen para tener un negocio sustentable y comprender el lenguaje con el que las distribuidoras se manejan para con ello entablar diálogos más colaborativos, basados en la buena fe, en el apoyo mutuo y con una mirada a largo plazo; trabajar en alianzas con otras empresas, entidades u organismos, tal cual lo hicieron Fandango y Disney, abrir espacios de diálogo que permitan encontrar en conjunto soluciones para abaratar costos, reducir cargas administrativas y promover la innovación y la recuperación del sector.

También se abre una agenda de temas pendientes para el resto de los actores de la industria cinematográfica argentina que ocupan una posición de resistencia y lucha para lograr que su contenido sea exhibido en las salas de cine. Su posición en la pirámide es más cercana a la de los exhibidores que pujan por subsistir que a la de las *majors* que diseñan el futuro. Cuentan con limitaciones en su presupuesto, políticas a corto plazo y deben enfrentar la competencia de empresas globales pioneras en innovación, que diseñan contenido atendiendo los gustos y necesidades del mercado que cautivarán. Entablan con los exhibidores pujas distributivas y legales para forzar la exhibición de su material recurriendo a políticas de fomento para continuar produciendo.

En todos los casos, la educación parece ser el camino para poder aprender de las experiencias exitosas, gestionar correctamente la propiedad intelectual, respetar los derechos del prójimo, profesionalizar los equipos de trabajo y comprender la necesidad de entablar espacios de diálogo y alianzas colaborativas con políticas a largo plazo.

Este capítulo ilumina varias necesidades insatisfechas en la industria que podrían ser fuente de innovación. Podemos verlas como desafíos u oportunidades que nos permitan diseñar alianzas y políticas de fomento a largo plazo. La crisis provocada por el COVID-19 es tan profunda que permitirá un renacer. Insta y brinda el espacio temporal para pensar en conjunto. Se debe diseñar, apoyar y promover el crecimiento de la industria cinematográfica argentina, comprendiendo cuáles son las necesidades de cada sector, educando, creando trabajo y dando oportunidad a tanto talento, creatividad y

potencial desperdiciado, el cual nos permitiría a todos los involucrados crecer. Hay que recordar que se puede innovar siguiendo el camino que abrieron y transitaron otras empresas líderes y comprender que, estudiando los aciertos y desaciertos de las empresas pioneras, se nos allana el camino y facilita el tránsito para innovar y ofrecer mejores soluciones a las necesidades locales.

6. Parte 3: Fandango y la defensa de la competencia

6.1. Antecedentes de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

Se estudiaron antecedentes de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia relacionados con la industria cinematográfica y la intermediaria Fandango a diciembre de 2019, de los cuales se seleccionaron los más vinculados a este estudio para realizar una breve reseña de la información relevante. Asimismo, se agregó un análisis de las resoluciones.

6.1.1. Comcast Corporation, Mobile Commerce Holdings, SL y otros s/Notificación artículo 8º Ley 25.156 (CONC.1402)

En el marco del Dictamen 104 del 4 de mayo de 2017, receptado por la Resolución 2017-480-APN- SECC#MP del 22/6/2017 en el expediente S01:0554519/2016 con la carátula señalada, con fecha 7 de diciembre de 2016, se le notifica a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que Fandango Media, LLC adquiere Pappaya Holdings, LLC, operación que se autoriza mediante Resolución 2017-480 -APN-SECC#MP con fecha 22 de junio de 2017. Este dictamen 104, con fecha mayo de 2017, fue el primer antecedente relacionado leído que aportó información que iluminó este estudio.

En primer lugar, dejó en claro que Fandango Media, LLC era una afiliada de Comcast Corporation, descartándose así la neutralidad de su intermediación. Este fue un dato de gran valor, puesto que en Argentina Fandango se presenta como un intermediario y socio ideal para las salas de cine. Se desconoce la vinculación con las distribuidoras cinematográficas y que es afiliada a una potencia de los medios de comunicación internacional, como Comcast.

En segundo lugar, del punto 15 del dictamen surge que United International Pictures S.R.L. es una filial de Comcast, dedicada a la distribución de películas de Paramount Pictures y Universal Pictures.

También surge un parámetro del valor de la intermediación, que se estipula como variable entre el 5% y el 12% del precio promedio neto del Impuesto al Valor Agregado (IVA) del número total de entradas comercializadas por el cine mediante todos los canales de venta de la intermediaria.

Cuando se analiza el objeto de la empresa adquirida, se determina lo que podría señalarse como dos mercados, a saber: 1) venta de entradas de cine mediante un sistema *online* y mediante dispositivos móviles; y 2) generación y puesta a disposición de información de contenido relacionado con películas y su programación.

Si bien se resuelve que con la operación de concentración se consolida en una única entidad dos proveedores de insumos de las cadenas de exhibición cinematográfica –United International Pictures S.R.L. como distribuidora y Fandango como proveedora de venta de *tickets online* y vía móvil–, se descarta la posibilidad de que exista una cuestión que pudiera afectar o reducir la competencia en los mercados afectados generando un perjuicio económico general, por ello, se avala la fusión.

Los argumentos principales esgrimidos son los que se detallan a continuación. Las distribuidoras y las intermediarias que venden *tickets* tienen interés en que los cines vendan entradas, pues la comisión de venta de estos y la regalía que cobran las distribuidoras dependen de ello. En este punto es interesante destacar cómo se omite considerar el mercado de generación de big data o datos y como parte de un mercado relevante dentro del cual opera Fandango, actualmente considerado de altísimo valor en una economía basada en datos.

Entienden que no hay incentivos para que UIP no comercialice sus películas a exhibidores que no cuenten con Cinepapaya, hoy Fandango. El análisis omite considerar un viejo reclamo que los distribuidores les realizan a los exhibidores para obtener mayor control sobre la venta de *tickets* de cine, que determina el monto de las regalías cobradas por el licenciamiento de las películas para su exhibición en salas.

El dictamen sostiene que tampoco hay incentivos para que Fan-

dango no venda entradas de películas distribuidas por UIP. La pregunta correcta debería haber sido si hay incentivos para que Fandango no venda entradas de películas no distribuidas por UIP u otras distribuidoras con las que no tenga vinculación. La intermediación ofrecida no es neutral y podría priorizar la venta de las películas distribuidas por ciertas compañías, afectando la posibilidad de acceder o competir a otro tipo de material cinematográfico.

Asimismo, se argumenta que el servicio de venta de la intermediaria no es exclusivo. Se explica que los consumidores pueden comprar sus entradas también por la web del cine o de manera presencial en la boletería. Previo al COVID-19, en el radio de la ciudad de Buenos Aires y cines multipantalla el 80% del los *tickets* ya eran adquiridos por medios digitales. Esto marca que la influencia de la intermediación en la venta de *tickets* digitales tiene gran importancia en la actualidad y una tendencia en alza. No obstante ello, no existen registros aún de cuántos *tickets* se venden por canales digitales o presenciales. Con el advenimiento del COVID-19 y la implementación de un protocolo sanitario necesario para retomar la actividad en la pospandemia y así brindar mayor seguridad a los espectadores y trabajadores, los exhibidores solicitaron como parte de un protocolo la implementación de un boleto electrónico. Esto reduciría el intercambio de documentos entre el boleterero, los espectadores y quien controla el ingreso a la sala, eliminando el papel que podría facilitar la trasmisión del virus. Sin duda, la pandemia será otro factor que acelerará aún más el proceso de venta *online* que venía creciendo en las grandes ciudades de Argentina.

Este caso se considera una fusión de conglomerado. Según los Lineamientos para el control de las concentraciones económicas aprobado por Resolución 2018-208-APN-SECC#MP del 11/04/2018, las concentraciones de conglomerado se dan cuando las empresas concentradas no operan en el mismo mercado relevante ni se encuentran verticalmente vinculadas, salvo en el caso de eliminación de competidores potenciales o efectos de cartera. Aquí que vale la pena detenerse. Los efectos de cartera pueden darse cuando una empresa participa en varios mercados distintos, otorgándole mayor ventaja competitiva a la que tendrían diferentes empresas aisladas, pudiendo extender así el poder de un mercado a otro generando un

cierre de la competencia similar al de las concentraciones verticales. La guía muestra como un caso particular la “venta atada” una vez consolidada la concentración, conducta sancionada en el artículo 3, inciso f) de la Ley 27442.

Se destaca aquí al motivo por el cual se comenzó a estudiar el alcance de la intermediación de Fandango. Ello fue en enero de 2019, cuando Disney comenzó a incluir en sus gráficas publicitarias la leyenda “Entradas disponibles en Fandango”, circunstancia que los cines no afiliados a esta empresa cuestionaron por entender que direccionaba y confundía a los espectadores. Suponiendo que Disney tuviera una posición dominante y exigiera a los cines la contratación de Fandango, violaría el artículo 3⁴² de la Ley 27442, que prohíbe subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro, o la utilización de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien. Dicha venta atada sería considerada un abuso de posición dominante siempre y cuando afecte el interés económico general. La publicidad que Disney actualmente hace a través de Fandango entiendo que encuadra mejor en la figura de competencia desleal que en la práctica anticompetitiva, denominada “venta atada”.

6.1.2. Viacom Camden Lock Limited, Telefónica de Contenidos S.A. y Telefónica Holding de Argentina S.A. s/Notificación artículo 8 de la ley 25.156 (CONC.1396)

En el marco del Dictamen 128 del 28 de junio de 2017, receptado por la Resolución de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción N° 2017-605-APN-SECC#MP del 3 de agosto de 2017 en el Expediente S01:0531592/2016 con la carátula señalada, se analiza la adquisición por parte de Viacom Camden Lock Limited de acciones de Telefónica Media Argentina S.A. y Atlántida Comunicaciones S.A. Viacom ya integraba la producción y la distribución cinematográfica por estar controlada indirectamente por National Amusements INC (NAI). Esta opera en la industria de la exhibición cinematográfica en Argentina a través de la cadena de cines Showcase, con cines en CABA,

42 “ARTÍCULO 3.- Constituyen prácticas restrictivas de la competencia, las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis

provincia de Buenos Aires (Vicente López, Haedo y Quilmes), Córdoba, Villa Allende y Rosario. También surge que Paramount Pictures International Limited produce contenido cinematográfico en Estados Unidos y que Viacom tiene el 100% de su participación, por lo que United International Pictures S.R.L. no solo es una filial de Comcast a través de Universal, sino que también tiene participación de Viacom por distribuir películas de Paramount Pictures, Universal Studios y Sony Pictures. Del dictamen surge que United International Pictures B.V. tiene el 95% de participación en la sociedad.

del artículo 1° de la presente ley: a) Fijar en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demandan en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto; b) Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, de cualquier forma, condiciones para (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, y/o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios; c) Concertar la limitación o control del desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción o comercialización de bienes y servicios; d) Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste; e) Afectar mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución; f) Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien; g) Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero; h) Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales; i) Negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate; j) Suspender la provisión de un servicio monopólico dominante en el mercado a un prestatario de servicios públicos o de interés público; k) Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios; l) La participación simultánea de una persona humana en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí”.

En este caso, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia descartó que hubiera una conducta exclusoria o *forclosure* por considerarse que Viacom participó en el año 2016 en un 20,48% en el mercado de la distribución. Se observó que de 109 distribuidoras de películas, hubo 92 dedicadas específicamente al cine nacional, por lo que las productoras contaban con muchas posibilidades de distribución más allá de UIP.

También se entendió que Telefé tenía una participación marginal en lo relativo a la producción cinematográfica, por ello, se concluyó que ninguna distribuidora veía comprometida su permanencia en el mercado por no poder contar con la producción de películas de Telefé.

Finalmente, es interesante la relación vertical identificada en el punto 64 del dictamen entre la producción cinematográfica y la distribución de películas para ser exhibidas en las salas de cine:

Al respecto, cabe considerar que el grupo comprador ya se encuentra integrado entre la distribución y la exhibición de películas en salas de cine en la República Argentina, y con la adquisición de Telefé como productora cinematográfica estaría integrándose a lo largo de toda la cadena de valor en el territorio nacional.

En el dictamen –posiblemente por considerar que no existe posición dominante– no se analiza si esta integración en toda la cadena en la industria podría impactar en la exhibición, ya sea en el material exhibido en Showcase –pudiendo beneficiarse con mejores condiciones para exhibir el material de UIP en perjuicio de otros cines competidores– o priorizando la exhibición de dicho material antes que el de otras distribuidoras. Tampoco se analiza si la intermediación de Fandango podría también priorizar u otorgar algún tipo de exclusividad al material distribuido por UIP, favoreciendo especialmente la venta de *tickets* para Showcase, lo que encuadraría según el inciso g) del artículo 3 de la Ley 27442 como práctica anticompetitiva siempre y cuando hubiera existido posición dominante y un perjuicio al interés económico general.

No se analizó la influencia de Fandango como intermediario en la venta de *tickets* y como medio de información de cartelera que también ofrece información de cines que no están afiliados a la interme-

diaria ni venden *tickets* por sus canales. No obstante ello, tracciona al público de cines no vinculados a su plataforma, incluso auspiciando avisos en Google. Desde su página se puede advertir que las bandas de publicidad favorecen a empresas integradas verticalmente con UIP, a saber:⁴³

- Entradas 2x1 que corresponden a Showcase exclusivamente y no a otras exhibidoras.
- Película *Dragon 3* de Dreamworks distribuida por Universal y adquirida por Comcast.

Podría tipificar como una práctica anticompetitiva si hubiera posición dominante, alguna cláusula de exclusividad o preferencia que cerrara el mercado aguas abajo, como se explicará más adelante, afectando el interés económico general.

6.1.3. Comcast Corporation y Dreamworks Animation SKG INC. s/Notificación art. 8 de la ley 25.156 (CONC.1353)

En el marco del Dictamen Anexo IF 2018-09237559-APN-CN-DC#MP del 2 de marzo de 2018, integrante de la Resolución de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción N° 2018-2450-APN-SECC#MP en el Expediente S01:0390017/2016 con la carátula señalada, se analiza la concentración económica en el exterior notificada el 29 de agosto de 2016 mediante la cual Comcast Corporation adquirió el control exclusivo de Dreamworks Animation SKG, INC. Nuevamente surge que United International Pictures Argentina S.R.L. es un *joint venture* creado por Paramount Pictures y Universal para distribuir las películas de esos estudios. Dicha empresa se encuentra controlada en un 95% por United International Pictures B.V.

Identifica qué mercados relevantes surgen del licenciamiento de los derechos de un film, a saber: 1) cines; 2) entretenimiento para el hogar; 3) video bajo demanda o *streaming*; y 4) televisión abierta y paga.

En el punto 30 del dictamen se identifica al cine como el canal

43 Ver Figura 5.

más importante de distribución y detalla algunas de las tareas que realiza un distribuidor, a saber: estima el potencial comercial de la película, elige la mejor fecha de lanzamiento, planifica y compra una campaña de medios locales, negocia alquileres y otros términos con los cines.

Si bien se vuelve a identificar una relación vertical en el punto 26 del dictamen entre la producción de películas y su distribución en cines, se descarta que esta afecte la competencia, ya sea en la producción de contenido como en la distribución en las salas.

En el punto 31 se analizan los efectos económicos, sosteniendo que los grandes estudios de Hollywood –como Disney, Fox, Warner, Paramount y Universal– se encuentran integrados verticalmente entre producción y distribución en cines, distribuyéndose Paramount y Universal a través de UIP. Con respecto a la distribución de películas en cines, se señala que las participaciones de mercado desde 2012 a 2016 en Argentina tuvieron una alta variabilidad y que la operación bajo análisis no afecta la competencia en la distribución.

En el presente análisis se omite señalar que el distribuidor también condiciona los precios de los *tickets*, prohibiendo en muchos casos la aplicación de promociones de 2x1 u otro tipo de eventos promocionales, como por ejemplo la Semana del Cine Argentino, celebrada del 1 al 4 de octubre de 2018.⁴⁴ Dichos descuentos impactan directamente en el monto de las regalías a cobrar por los licenciantes.

Es importante entender que un derecho de los titulares de la propiedad intelectual es decidir cómo y a quién licenciar su material, determinando las condiciones durante el término en que se le concede el monopolio de explotación y que dicha exclusividad es reconocida legalmente para fomentar la creatividad, innovación y crecimiento económico. No obstante ello, también habrá que tener la cautela suficiente para no incurrir en la fijación de precios míni-

44 Durante esa semana, las películas nacionales se pudieron ver en las salas adheridas abonando un *ticket* de 35 pesos argentinos. Años antes, dicho evento había incluido toda la programación nacional e internacional, generando una convocatoria muy importante a las salas de cine. Ver: <http://www.incaa.gov.ar/se-presento-la-semana-del-cine-argentino>.

mos, tal cual dispone el artículo, 3 inciso a) de la Ley 27442 por ser una práctica anticompetitiva: “Fijar en forma directa o indirecta el precio de venta...”.

Cabría preguntarse si ello no se encuentra dentro de las previsiones del artículo 5 y 6, inciso c) de la Ley 27442,⁴⁵ que describe qué se entiende por “posición dominante”. Esta puede existir aun cuando, sin ser única oferente, puede determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de otros competidores, pudiendo también influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en el que sus competidores pueden contrarrestar dicho poder.

6.1.4. Hoyts General Cinema South America Inc. y Cinemark Argentina Holdings Inc. s/Notificación art. 8 de la Ley Nº 25.156 (conc.938)

En este Dictamen 1120 del 6 de abril de 2015, integrante de la Resolución de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción Nº 88/2015 en el Expediente S01:0349839/2011, se analiza la concentración económica por la adquisición por parte de Cinemark Argentina del 100% de las acciones de la titular que explota los ci-

45 “ARTÍCULO 5.- A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos”.

“ARTÍCULO 6.- A fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, deberán considerarse las siguientes circunstancias: a) El grado en que el bien o servicio de que se trate es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma; b) El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate; c) El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder”.

nes Hoyts en Argentina. Resulta especialmente destacable la claridad con la que se describe el negocio cinematográfico en sus distintos segmentos –producción, distribución y exhibición–, por lo general sin respaldo contractual y con los usos y costumbres como fuente de derecho. Refleja la compleja dinámica de la actividad a la fecha del pronunciamiento. Asimismo, sirve como parámetro objetivo para evaluar cómo evolucionaron las condiciones de licenciamiento desde la fecha a la actualidad.

En el punto 131 del dictamen nuevamente se destaca que existe un grado importante de variabilidad de cada productora en la participación y facturación anual, y se brinda como ejemplo que una productora puede realizar tres películas en un año y ninguna al año siguiente.

En los puntos 140 y 141 se describe la contraprestación o la regalía que los exhibidores les pagan a las distribuidoras. Señala que las *majors* cobran un 50% de recaudación neta durante las primeras dos semanas y un 55% para las películas más exitosas, denominadas *blockbusters* o “tanques”. Aclara que esto ocurre una o dos veces al año. Luego explica que se suele cobrar un 45% durante la tercera semana, disminuyéndose la regalía al 35% para las semanas siguientes. Acertadamente aclara que son pocos los títulos que permanecen en cartelera cinco semanas o más, hecho que evolucionó bastante y redujo cada vez más el tiempo en cartelera en cine. En la actualidad, la tendencia es que las películas traccionen más público las primeras dos semanas, lo que por lo general impacta generando mayor rotación de material con menor tiempo en cartelera. Se explicita que las distribuidoras independientes y nacionales comienzan cobrando un 50% de regalía, reduciéndose en cinco puntos semanalmente hasta alcanzar un piso de 35% sobre la recaudación neta de impuestos y aranceles.

Lo valioso de este dictamen es cómo se define el mercado relevante, para luego analizar los niveles de concentración en el mercado y así determinar el impacto de la operación en este. La comisión consideró en el punto 227 que el mercado relevante geográfico de las salas se determinaba localmente por la zona de influencia alrededor de cada complejo multipantalla. Afirmó en el punto 221 que en concentraciones similares a nivel internacional se determinó un

radio de 5 o 6 km o un tiempo de 20 minutos de conducción en vehículo para marcar el mercado geográfico relevante; con base en ello, la comisión determinó distintos criterios. Primero el zonal y luego la distancia alrededor de cada complejo para determinar las áreas geográficas de superposición de actividades.

Entre las zonas determinadas como un mercado se encuentra la zona geográfica B, que incluyó los siguientes cines: Arte Multiplex, Belgrano Multiplex, Cinema City, Cinemark DOT y Showcase Belgrano. Este abordaje podría aplicarse por analogía al caso de *Fandango*, pues, al igual que los cines, uno de los mercados relevantes en los que opera la intermediaria es la venta de *tickets* para las salas de cine.

También es interesante que el cine es considerado como una opción de esparcimiento para los consumidores. Entre las opciones para ver películas se distingue la reproducción casera en DVD o *blu ray*, TV por cable o satelital e internet, concluyéndose que el cine es una actividad recreativa fuera del hogar con una tecnología considerablemente superior a la casera. Por no existir simultaneidad con el *streaming* a la fecha del dictamen, no se lo considera sustituto de la exhibición cinematográfica (puntos 177 y 178).

La operación de concentración se autorizó condicionada a una obligación de desinversión de un establecimiento y asumiendo obligaciones de conductas que exceden el marco de este trabajo. No obstante ello, se señalarán algunas aristas del dictamen que sí aportan material de interés.

En el punto 207 y subsiguientes se señala la tendencia de ofrecer descuentos como estrategia comercial de las salas, circunstancia que influye considerablemente en el valor efectivamente pagado en la entrada de cine. En el punto 221 se asegura que la variable precio promedio no es una variable exclusivamente bajo control de la exhibición, sino también de los descuentos ofrecidos en conjunto con otras empresas, cantidad de espectadores que accedan a estos y de la comunicación y promoción que las empresas involucradas hagan de los descuentos, por ejemplo, la Tarjeta 365. Llama la atención que no se considera aquí la voluntad de las distribuidoras que, en los hechos, condicionan habitualmente la posibilidad de aplicar descuentos o promociones, como ya se explicó.

En varios puntos del dictamen distinguen las prestaciones o ser-

vicios que brinda un complejo multipantalla y uno tradicional, que denominan “unipantalla”. Refieren al precio del *ticket*, calidad del complejo, tecnología, confort, estacionamiento, servicio de *candy bar* y servicio de venta de entradas anticipadas por teléfono u *online*. Lo cierto es que en la década de 1990 los cines tradicionales eran radicalmente diferentes a los multipantalla. Al día de hoy, y salvo raras excepciones, no existe más esta diferencia. El Cine Lorca hoy es una rara excepción, que llamativamente fue el ejemplo de cine tradicional al que citaron a declarar para justificar la diferencia en el servicio entre los tipos de complejos. En la actualidad, siguen existiendo dos cámaras empresarias y hasta dos convenios colectivos de trabajo con categorías de trabajo análogas y salarios unificados, hecho que confirma que, salvo excepciones –como podrían ser los Espacios INCAA, clubes o cines ambulantes–, la mayoría de los complejos comerciales hoy tienen las características de complejos multipantallas y serían sustitutos en el tipo de servicio que brindan otras salas, exhibiendo también el mismo material, como se señaló en el punto 190 del dictamen.

6.2. Mercados relevantes, participación y teoría del daño

Luego de analizados los antecedentes nacionales relevantes, el desafío fue determinar cuáles eran los mercados relevantes en la intermediación de Fandango. Se identificaron varios relacionados con la actividad cinematográfica en Argentina, algunos ya analizados en antecedentes resueltos por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y otros nuevos mercados vinculados con lo digital y la acumulación de datos que no habían sido considerados en los antecedentes resueltos por la Comisión.

Los mercados relevantes identificados en la intermediación de Fandango en Argentina fueron:

Venta de tickets de cine

En el mercado de venta de *tickets* de cine, la pregunta fue si la venta *online* revestía otro mercado relevante o no. Se consideró que la mayoría de las salas de cine dispone hoy de un sistema de venta *online* y que es sustituto, por ello, se optó por darle tratamiento como un único mercado de venta de *tickets* para cine.

Luego se identificó a quiénes competirían con Fandango en este mercado. Se mencionó a las propias cadenas de cine que ofrecen sus plataformas de venta directa *online* o la venta desde la boletería en los establecimientos. Hoy, un espectador que ya llegó al cine puede optar por adquirir los *tickets* desde su teléfono móvil e imprimirlos sin recurrir a una boletería para ser atendido, por lo que diferenciar los mercados resulta confuso.

Para determinar el mercado geográfico relevante, se realizaron dos ejercicios. El primero fue utilizar el mismo criterio tomado en la concentración de Cinemark y Hoyts y se tomó como ejemplo la sección geográfica B, que incluyó establecimientos que contrataron con Fandango y otros que no.

En la Tabla 1 se muestran, sin distinguir el canal de venta, la totalidad de los *tickets* vendidos desde 2013 al 23 de noviembre de 2019 en la zona geográfica B de la ciudad de Buenos Aires, todo ello según la fuente Ultracine.

23/11/19	Venta	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Arte Multiplex 5 salas	propio	\$90.402,07	\$168.871,97	\$199.920,34	\$267.685,43	\$321.651,95	\$466.691,97	\$571.229,09
Belgrano Multiplex 8 salas	propio	\$332.845,58 (6 salas)	\$387.655,23	\$571.709,36	\$665.052,93	\$792.872,13	1.085.730,93	\$1.574.360,58
Cinema City 6 salas	Fandango	\$160.610,91	\$190.924,48	\$232.212,90	\$274.636,28	\$294.868,94	368.277,60	\$497.623,70
Showcase Belgrano	Fandango	\$435.231,40	\$506.541,77	\$755.593,54	\$1.022.364,52	\$1.178.502,49	\$1.532.542,32	\$2.326.589,52
Hoyts Dot 10 salas	Cinefan	\$761.682,43	\$891.271,78	\$1.309.120,61	\$1.581.332,69	\$1.718.631,69	\$1.934.366,51	2.819.026,15

Tabla 1. *Tickets* vendidos en la zona geográfica B de la ciudad de Buenos Aires (2013- 23/11/2019). Fuente: Ultracine.

Asimismo, se realizó un gráfico con las participaciones de Cinemark, Fandango y otros cines para poder evaluar el porcentaje de influencia en el mercado y la evolución que tuvo desde 2013 hasta 2019.

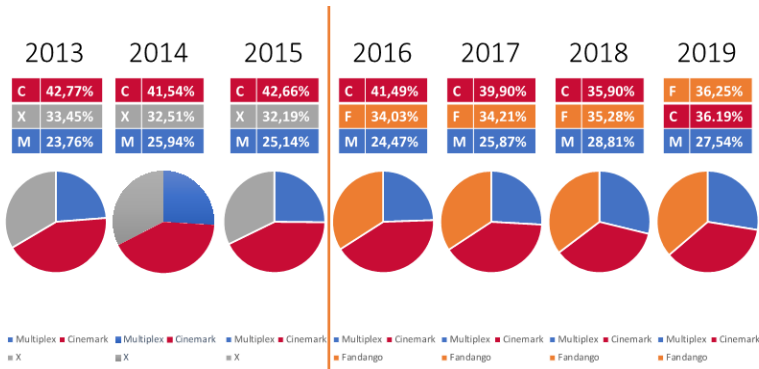


Figura 10. Participación en el mercado de venta de tickets de Fandango, Cinemark y otros cines en Argentina.

Se advierte que recién en 2016 Fandango comenzó a operar en Argentina, y si bien durante 2016 vendía *tickets* para la cadena Multiplex –hecho que no se reflejó en los gráficos–, de 2017 a 2019 la participación en el mercado de venta de *tickets* en el área geográfica determinada varió de 34,21% al 36,25%.

El segundo ejercicio fue tomar como mercado relevante a toda la ciudad de Buenos Aires. El resultado de participación en la venta de las salas arrojó una cifra similar: Cinemark, 43,69%; Complejos con acuerdo con Fandango a esa fecha (Village, hoy Cinépolis, NAI, Atlas y Cinema City), 34,13%; y otros con sistemas de ventas propios, 22,16%.

Con respecto a las barreras de entrada al mercado de la exhibición, hay un antecedente de una opinión consultiva elevada a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en virtud de una operación de celebración de un contrato de concesión. El Dictamen 1400 del 30 de noviembre de 2016, integrante de la Resolución de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción N° 2016-417-E-APN-SECC#MP en el Expediente S01:24512/2015 caratulado *Hoyts General Cinema de Argentina S.A. s/Consulta interpretación ley 25.156 (OPI. 259)*, identifica los pasos necesarios para abrir una sala de cine: 1) celebrar un contrato de concesión o alquiler del establecimiento; 2) reacondicionar el lugar e instalar equipamiento para adecuar las instalaciones a la explotación; 3) considerar que los costos derivados de la puesta en funcionamiento de un nue-

vo complejo cinematográfico bajo la marca “Hoyts Cines” aparejan la necesidad de prologar la duración del contrato hasta generar los flujos de ventas y ganancias que logren amortizar la inversión total; en el caso bajo análisis, el plazo contractual fue de 120 meses, es decir, 10 años. De lo expuesto se desprende un parámetro objetivo sobre la barrera de ingreso al mercado de la exhibición.

El 12 de junio de 2019, la Federal Trade Commission coordinó un *workshop* sobre venta *online* de *tickets*,⁴⁶ con foco en la protección del consumidor y en el que se resaltó que la competencia distorsionada por prácticas anticompetitivas en el mercado de *tickets online* afectaba directamente a los consumidores. Se destacó que los principales reclamos al comprar *tickets online* eran las altas comisiones pagadas, el no tener claro cuál era el verdadero costo de la intermediación, no tener precisión ni transparencia en cuanto a las comisiones cobradas, la dificultad de comprar *tickets* ante eventos muy demandados (especialmente deportivos o recitales), la participación de bots, acuerdos de preventa con tarjetas y reventas, entre otros. Finalmente, se habló sobre *smart ticketing*, o el *marketing* y venta direccionada y personalizada según los gustos del consumidor basado en información previa, hecho que sirve como ejemplo para dimensionar el valor que hoy tiene la big data y su alcance.

Fandango en Argentina no podría incrementar las comisiones cobradas sin evitar que los consumidores migren a un sustituto, como podría ser CineFan o los sistemas de venta de cada sala o incentivando el surgimiento de un nuevo intermediario. No obstante ello, se resaltan dos hechos importantes por el efecto a futuro que poseen. El primero, preguntarse qué potencial tiene Fandango para ser sustituido una vez que alcance el efecto de red tal cual se discute con Facebook, Google o Amazon. El segundo lugar, destacar que Cinemark está afiliada a Fandango en los siguientes países latinoamericanos: Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú. Es decir que en todos los países que operan Cinemark o Hoyts lo hacen a través de Fandango, salvo en Argentina.

46 Ver: <https://www.ftc.gov/news-events/audio-video/video/online-event-tickets-workshop-ftc-workshop-about-online-ticket-sales>.

Información de contenido relacionado con películas y su programación

La información relacionada con las películas y su programación la brindan no solo las mismas salas que exhiben las películas, sino también: a) diarios que publican la cartelera de los cines zonales; b) portales *online*, como Cines Argentinos,⁴⁷ que ofrecen información de las películas y la cartelera; c) Otros Cines, que ofrece información y crítica sobre estrenos.⁴⁸

Por ello, se descartó que la participación de Fandango pudiera ser superior a la analizada en el mercado de venta de *tickets*, pues, además de las mismas salas, se agregarían también varios diarios y webs como sustitutos. Se descartó por ello que Fandango podría tener posición dominante en este mercado.

Aun así, aprovechando la posición dominante en otro mercado, tal cual se resolvió en el caso de Google Shopping en Europa, podría distorsionarse el funcionamiento en este mercado priorizando determinado tipo de información sobre complejos adheridos o películas de distribuidoras con las que exista una relación vertical. En el caso referido, se entendió que existía abuso de la posición dominante de Google en los servicios de búsqueda al posicionar y visualizar más favorablemente su servicio de compras que los de la competencia, desviando flujos de tráfico de los servicios de compras de la competencia. Se resolvió que Google tenía efectos potenciales contrarios a la competencia, pudiendo incrementar comisiones y desalentar la innovación.⁴⁹

Publicidad digital de películas exhibidas en cine

Fue muy interesante analizar este mercado, pues Fandango ofrece una propuesta de valor para los distribuidores, que son los encargados de publicitar y comercializar los films. Según la web de Fandango en Latinoamérica,⁵⁰ le ofrecen a los distribuidores:

47 Ver: <https://www.cinesargentinos.com.ar/cartelera/>.

48 Ver: https://www.otroscines.com/proximos_estrenos.

49 Asunto AT.39740 Búsqueda Google Shopping de fecha 27/6/2017 resuelto por la Comisión Europea. Ver: https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case_details.cfm?proc_code=1_39740.

50 Ver: <https://www.fandango.lat/ar/distribuidores> (disponible al 25 de noviembre de 2019).

Publicitar películas en Fandango es altamente efectivo. A diferencia de otros medios, nuestro negocio es el cine. No hay mejor sitio para dar a conocer una película que aquel donde se puedan comprar entradas. Ponemos a tu disposición herramientas de inteligencia de negocio de la industria del cine que ningún otro sitio puede ofrecer.

Se entiende que los sustitutos en este mercado serían otras distribuidoras de cine que realicen sus propias campañas publicitarias *online*, por ejemplo, pagando avisos en Google, YouTube, etc.

Se consideró importante la integración vertical de Fandango y UIP, también la de UIP y Showcase y finalmente el acuerdo publicitario celebrado entre Disney y Fandango desde enero de 2019. Todo ello, pues la representatividad en el mercado de distribución de UIP y Disney es muy alta. Se adjunta a los fines de visualizarlo la Tabla 2, de la que surge la participación en la distribución de la venta de entradas de cine, todo ello utilizando como fuente de información la publicación de Ultracine al 22 de noviembre de 2019.

	DISTRIB	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
COMCAST	UIP	26,81	30,54	18,07	40,41	20,34	35,52	32,3	55,04
DISNEY	Disney	21,21	27,32	23,84	23,64	34,54	27,21	32,1	18,80
	Fox	17,45	12,61	18,64	15,11	18,78	9,97	13,77	3,70
WARNER	Warner	13,49	11,97	18,28	8,98	17,26	17,06	12,78	14,77
Otros		21,04	17,56	21,17	11,86	9,08	10,24	9,05	7,69

Tabla 2. Participación en la distribución de la venta de entradas de cine. Fuente: Ultracine.

De la tabla surge que UIP tuvo una participación del 40,41% en 2015, del 20,34% en 2016, del 35,52% en 2017, del 32,30% en 2018 y del 55,04% en 2019. La integración vertical de Comcast con UIP y Fandango hace que la participación de UIP en la distribución también tenga incidencia en el mercado de la exhibición o venta de *tickets* en las salas, es decir, aguas abajo. Si además de la participación de UIP se contempla que desde 2019 Disney y Fandango celebraron un acuerdo publicitario y la concentración de Disney y Fox, la

influencia de Fandango en este mercado podría incrementarse del 55,04% al 77,54%.

Podría considerarse así que existe posición dominante de Fandango en el mercado de publicidad digital de las películas. Influirán también otros criterios, como el tiempo prolongado de esta condición o también la poca capacidad de competidores para contrarrestar su poder, tal cual lo dispone el artículo 6 de la Ley 27442, y obviamente siempre que exista afectación del interés económico general.

¿Cuán sencillo sería para un posible sustituto de Fandango obtener la autorización de UIP o Disney para poder utilizar sus films con fines publicitarios? Dicha autorización sería la primera barrera de entrada para sustituir a este intermediario. Luego, cabría analizar la cantidad de cines contratantes y espectadores-usuarios para determinar el efecto de red alcanzado.

En cuanto a la teoría del daño, podría existir un efecto exclusorio y anticompetitivo con alguna cláusula de exclusividad, por ejemplo, con relación a la publicidad que hace Showcase en la web de Fandango. Si alguna de las empresas con posición dominante firmara un contrato de exclusividad con uno de los minoristas aguas abajo—ya sean cines o distribuidoras—, podría obstaculizar la permanencia de algún cine o distribuidora eliminando el acceso a competidores, todo ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 3, inciso g) de la Ley 27442. De acuerdo con la International Competition Network (ICN), el *forclosure* debería superar el 50% del mercado para levantar preocupaciones de competencia, circunstancia que habría que medir correctamente para comprender el efecto y determinar si es efectivamente anticompetitiva.

El antecedente de la Comisión Europea que multa a Google por prácticas abusivas en publicidad—*release* del 19 de marzo de 2019, caso 40411 denominado *Google Search* (adSense)—⁵¹ señala varias prácticas abusivas por parte de Google. En una primera etapa, había cláusulas de exclusividad que prohibían contractualmente que sus competidores pagaran y, por ende, aparecieran en los *adverts*. Por ejemplo, Microsoft y Yahoo no podían publicitar servicios en Google. Esto no les permitió a competidores crecer y poder competir con

51 AT 40411 *Google Search* (adSense) European Commission. *Press release* del

Google. También prohibía directamente en las páginas donde Google pagaba espacios de publicidad que los dueños de webs colocaran *adverts* de competidores. En una segunda etapa había cláusulas de ubicaciones preferenciales. Les permitía a los sitios webs publicitar con competidores de Google, pero le reservaba a este el mejor lugar y cantidad mínima de *adverts*. También incluyó cláusulas que exigían conformidad escrita de Google antes de hacer cambios.

Ante la disrupción audiovisual actual, se comienzan a ver films como *Roma* de Alfonso Cuarón o *The Irishman* de Martín Scorsese que se estrenan casi en simultáneo en cines y *streaming* sin respetar la llamada “ventana de exhibición” (plazo de exclusividad para explotar el film en las salas de cine). También las distribuidoras cinematográficas lanzan sus propias plataformas de *streaming*, como Disney+. ¿Podrán considerarse cláusulas abusivas o atadas que afectarán la competencia si un distribuidor con una posición dominante obliga a un exhibidor a aceptar la exhibición en cine en simultáneo con *streaming*? Sí.

Descuentos, beneficios para espectadores

En este mercado, nuevamente existen varios sustitutos, dentro de los cuales se pueden destacar los mismos cines, como CineFan de Cinemark, Cines Multiplex, Atlas Cines o Cinemacenter. También podrían incluirse diferentes tarjetas que ofrecen descuentos para espectadores en determinados días, como Club La Nación, Tarjeta 365, Club Personal, Club Movistar y Tarjeta Cencosud, entre otras, dependiendo de cada cadena de cines.⁵²

Por lo expuesto, la participación de Fandango en este mercado no tiene una relevancia considerable como para afectar la sana competencia. No obstante ello, se señala cómo se modificó el porcentaje de regalía cobrado según el dictamen (identificado en el apartado 61.4.) al resolverse la concentración de Cinemark y Hoyts. En 2011 se cobraba

20/03/2019. Ver: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770.

52 Ver: <https://www.multiplex.com.ar/promociones/> o <https://www.cinemacenter.com.ar/beneficios#contenido> o <https://www.cinemarkhoyts.com.ar/promociones> o <https://www.atlascines.com/#!/promociones> (disponibles al 24 de noviembre de 2019).

el 55% excepcionalmente una o dos veces al año con los *blockbusters* y durante las primeras dos semanas. En 2019, por ejemplo, varias salas debieron abonar el 55% de regalías por más de dos semanas al exhibir *Toy Story*, *Avengers* o *El rey león*, lo que marcaría un mayor poder de ciertas distribuidoras por sobre parte de la exhibición.

También habría que evaluar el efecto económico general de la prohibición de aplicar promociones 2x1 en los consumidores para determinar si podrían ser conductas anticompetitivas por correr la curva de la oferta hacia arriba, reducir cantidades y aumentar el precio del *ticket*. Otro ejemplo sería que en el año 2017 Warner no permitió incluir la película *IT* en la Semana del Cine Nacional, en la que se pactaba una entrada general al cine muy económica para fomentar la concurrencia. Por el contrario, Lucrecia Martel, por ejemplo, terminó aceptando participar del evento promocional justo en la semana de estreno de *Zama*, distribuida por Buenavista International. Debido a ello, el evento se limitó solo a películas nacionales y no a todo el material exhibido en salas, como se había realizado años antes.

Este evento podría ser un parámetro interesante para medir el impacto económico general y la gran afluencia de espectadores que generó la disminución del valor de los *tickets*.⁵³

Advertising intermediation o red que nuclea distribuidores, cines de diferentes cadenas, espectadores y anunciantes

Esta sería la mejor descripción de Fandango como *multisided platform*. No se encontraron sustitutos con el mismo alcance para todos los segmentos, al menos en Argentina. El diferencial de Fandango es el vínculo con las distribuidoras, la cantidad de clientes-espectadores que ya usan su servicio, los cines con los que contrataron y para los que vende *tickets*, el peso a nivel internacional y el verdadero potencial de generar el efecto red en Argentina, como ya alcanzó en otros mercados internacionales.

CineFan podría ser un sustituto en la propuesta de valor que ofrece para los espectadores, pero limitada solo a los cines de Cinemark. Esto hace que sea menos atractiva para espectadores y tam-

53 Ver: <https://www.otroscines.com/nota-12597-balance-positivo-para-la-semana-del-cine-argentino>.

bién para anunciantes, pues se limita solo al segmento de clientes de dicha cadena.

Se encontró un posible competidor de Fandango: Powster, que también es un intermediario entre las distribuidoras y las salas de cine. Ofrece información de cartelera de las salas y de las películas, incluyendo varios tráilers. Para Argentina, al 25 de noviembre de 2019, ofrecía solo la posibilidad de comprar *tickets* para películas distribuidas por UIP y Warner, aunque en el extranjero incluye también películas de Disney y en su web informa que la plataforma es usada por los 6 estudios *majors* y 70 distribuidoras independientes.

No obstante ello, no tiene la presencia digital que posee Fandango ni logró aún ser tan conocido entre los espectadores, al menos localmente. Es relevante destacarlo como sustituto, pues su intermediación parecería ser más neutral en cuanto a la elección de las salas de cine. En lugar de priorizar algunas cadenas de cine determinadas, abre el abanico de salas en un mapa, las lista y, al cliquear, lleva al espectador directamente a la página web de la sala que eligió.

Data acumulada por la venta de tickets de cine

Powster también refiere al gran valor de medir la data, obtenerla en tiempo real y ofrecer *data analytics*; parecería ser un sustituto de Fandango en cuanto a datos relacionados con la venta de *tickets* de cine. No parece estar disponible para todas las películas distribuidas en las salas en Argentina.

En cuanto a la acumulación de data, Fandango cuenta con gran ventaja en relación con las distintas salas de cine que también pueden recolectar datos de sus clientes y de sus ventas. La intermediaria no se limita a una cadena en particular ni a los clientes habituales.

Fandango obtiene data de clientes de diferentes cadenas de cine, lo que la hace más completa y representativa del mercado cinematográfico en Argentina en general, por ende, es mucho más valiosa para efectuar análisis, predicciones y comparaciones, ya que puede obtener con la aplicación de inteligencia artificial mejores resultados.

Ultracine sería un competidor de parte de la data obtenida, pues recibe e informa diariamente las cifras de la venta de *tickets* de los cines, discriminando películas, etc. También funcionarían como sus-

titutos Film Affinity⁵⁴ y Comscore.⁵⁵ No obstante ello, la data que obtienen en algunos casos –como Ultracine– se limita a las cifras de ingreso discriminando película y sala, sin identificar el perfil del comprador, cuántas entradas compró, a qué hora elige ir al cine, la frecuencia con la que compra, etc.

6.3. Intermediación digital y concertación de conductas

6.3.1. Características del mercado cinematográfico

El mercado cinematográfico tiene su complejidad y tiende a la concentración a nivel mundial. La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ya intervino en fusiones horizontales, por ejemplo, la de Disney y Fox a nivel distribución o Cinemark y Hoyts a nivel exhibición. Internacionalmente existieron fusiones verticales, como la de ATT y Time Warner. Para determinar si la estructura del mercado cinematográfico facilita la colusión entre competidores, se analizará si existen algunos de los elementos característicos, a saber:

Pocos vendedores

La distribución en el mercado cinematográfico tiene el rol de proveedor del material exhibido licenciado para su proyección. De la Tabla 2 del presente trabajo surge que el mercado es un oligopolio, pues existiría interacción e interdependencia estratégica entre las distribuidoras norteamericanas denominadas *majors*. Si bien a 2019 el Registro Público de la Actividad Cinematográfica del INCAA tenía 62 distribuidoras registradas, no todo ese material llega necesariamente a las salas de cines. Más del 90% de lo exhibido en 2019 corresponde solo a tres empresas (considerando ya operada la concentración económica de Disney y Fox).

Muchos compradores

Al 29 de noviembre de 2019, existían 276 exhibidores registrados en el Registro Público de la Actividad Cinematográfica del INCAA.⁵⁶

54 Ver: https://www.filmaffinity.com/ar/cat_new_th_ar.html.

55 Ver: <https://www.comscore.com/Products/Movies-Reporting-and-Analytics>.

56 Ver: http://fiscalizacion.incaa.gov.ar/index_registro_padron.php?pagina=6&cq_

No todos son titulares de establecimientos o salas de cine, pues existen registrados clubes, universidades y exhibidores ambulantes, entre otros. *Fandango* señala que había 8 empresas afiliadas al mes de noviembre 2019 y 111 cines no afiliados, lo que confirma que en el mercado existen muchos cines. Si, por analogía, se consideran compradores a los cines licenciarios de películas, se concluye que en este mercado existen muchos compradores.

Con barreras de entrada

Si no existieran barreras de entrada y las empresas con posición dominante se cartelizaran y subieran los precios, también fomentaría el surgimiento de nuevos sustitutos para aprovecharse de la recta supracompetitiva, por ello es importante la existencia de barreras de entrada.

En el caso en cuestión, la barrera de entrada para ser un distribuidor dentro de los top 3 requiere de una marca reconocida, talento, saber gestionar correctamente los intangibles creados para protegerlos y explotarlos correctamente y continuar innovando y creando nuevo material cinematográfico, *merchandising*, etc.

La historia marca que no alcanza con un buen film, sino que se exige una marca reconocida, una carrera de *blockbusters* para consolidarse como una *major*. Esto sería una alta barrera de entrada para lograr sustituir una distribuidora de la envergadura de una *major*, que no solo vende por la calidad de su material, sino también por el posicionamiento que logró durante años de sus marcas que, de por sí, ya son garantía de calidad.

Cross ownership o accionistas cruzados en las empresas

En el caso de UIP, por ejemplo, es un *joint venture* de Comcast y Viacom.

Contactos multimercados

El alcance de la distribución cinematográfica que lidera la taquilla de los cines tiene gran presencia internacional, lo que reafirma que las distribuidoras compiten al mismo tiempo en diferentes países. Lo

mismo ocurre con Fandango y también con cadenas internacionales como Cinemark.

Tamaño de las empresas

Las empresas que tienden a cartelizarse son de tamaño relativamente parecido, circunstancia que, entiendo en el caso de referencia, podría llegar a darse al menos en el mercado argentino actual entre UIP y Disney, por ejemplo.

6.3.2. Canales de intercambio de información

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia informa que uno de los principales ámbitos donde se intercambia información entre empresas que conforman un cartel es en asociaciones o cámaras empresarias. La sanción aplicada en 2005 a la Asociación de Fabricantes de Cemento Portland y las empresas viales que se cartelizaron con la obra pública es un buen ejemplo.

También puede intercambiarse información dentro de asociaciones o colegios profesionales. La conducta 880 S01: Expediente 0060577/2003 resuelta el 28 de noviembre de 2013 en los autos caratulados *Asociación de Anestesia, Analgesia y reanimación de Buenos Aires s/infracción ley 25.156 (C.880)*, en la que se declaró responsable a al Asociación profesional por las prácticas abusivas dispuestas por los artículos 1 y 2, incisos a), f) I y II de la Ley 25156 es un ejemplo de cómo se resolvió que existía afectación del interés económico general.

Al leer la Guía sobre Defensa de la Competencia para Asociaciones y Cámaras empresariales y Colegios y Asociaciones profesionales, elaborada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en el mes de diciembre de 2018, llaman la atención algunas coincidencias que podrían existir entre Fandango como intermediaria digital y el rol que cumplían las cámaras, asociaciones o colegios profesionales.

La pregunta sería si las nuevas tecnologías no podrían reemplazar el canal de intercambio de información para facilitar la colusión o acuerdos concertados de manera más segura y ágil. La Organisation for Economic Co-operation and Development (OCDE) (2018) realizó un estudio interesante en el mes de abril de 2018 en el que se

analiza el impacto de la tecnología del *blockchain* en cuestiones de defensa de la competencia. El *blockchain* trajo la bandera de la descentralización del control, transparencia, trazabilidad y eficiencia al reducir costos de intermediación. Pero también puede tener otro tipo de propósito en el caso de *blockchains* no públicos, limitando la transparencia solo a aquellos que tengan la llave para acceder a él, por ejemplo, las empresas que acuerdan conductas.

El informe confirma que esta tecnología trae oportunidades para lograr mejor control o programas de *compliance*, como también desafíos para las agencias o comisiones que tutelan la competencia. En cuanto al potencial como canal para intercambiar información, se señala que la posibilidad que competidores en un mercado compartan un *blockchain* centralizado potencialmente serviría también para identificar desviaciones a un acuerdo de una empresa cartelizada. Los desvíos podrían sancionarse directamente con el uso de *smart contracts* y facilitaría el trabajo de identificar los términos del acuerdo: si fue por precio o cuota de mercado. También permitiría la coordinación tácita en mercados oligopólicos sin necesidad de que exista un acuerdo o contrato.

6.3.3. Potencial de la intermediaria digital para compartir información

Al cotejar la Guía sobre Defensa de la Competencia para Asociaciones y Cámaras Empresariales y Colegios y Asociaciones con el tipo de intermediación digital que ofrece Fandango se encontraron en común los siguientes puntos.

El intermediario digital cuenta con los dos elementos principales necesarios para estar alcanzado por la Ley de Defensa de la Competencia argentina: tiene la personería y la estructura corporativa independiente a la de las partes contratantes, ya sean distribuidoras o cines, y cuenta con el elemento funcional, pues su actividad tiene impacto directo en la venta de *tickets* de cine.

La prestación del servicio de venta de *tickets* brinda información sensible tanto del mercado de la distribución como de la exhibición, pues se pueden conocer los precios de los *tickets* vendidos, los diferentes valores de acuerdo a las funciones, material, promociones vi-

gentes con terceros en cada establecimiento u otros beneficios. También la cantidad de *tickets* vendidos para cada función y complejo, valor del *ticket* promedio de cada establecimiento o para cada película. Por otro lado, se obtiene data del comprador espectador: perfil, identificación del tipo de film que consume, con cuántas personas suele concurrir al cine, frecuencia de sus visitas, monto que gasta y, en algunos casos de intermediación, se puede obtener la información exacta del consumo en el *candy bar*.

Las distribuidoras tienen amplias facultades, tal como se mencionó anteriormente, en relación con el expediente caratulado *Comcast Corporation y Dreamworks Animation SKG INC. s/Notificación art. 8 de la ley 25.156 (CONC.1353)*. Disponen el porcentaje de regalía a cobrar a los cines semanalmente y pueden limitar la posibilidad de aplicar promociones, circunstancia que en ambos casos impacta directamente en el monto del *ticket* abonado por el consumidor y podría afectar el interés económico general. Existe un antecedente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia,⁵⁷ en el que se sancionó al Colegio de Farmacéuticos por limitar y restringir la competencia del mercado de venta de medicamentos y perfumería en Tucumán, entre otras circunstancias, a través de prohibiciones o limitaciones de descuentos que afectaron el interés económico general.

Centrándose en la intermediación en la industria cinematográfica, se identificaron elementos o información valiosa que podrían coordinarse o ser de interés para un cartel, a saber:

- Fecha de estreno de un film. La vida de una película en la pantalla de los cines tiene un plazo de exhibición que se puede, en principio, proyectar de acuerdo al tipo de material, campaña publicitaria, etc. Existen excepciones, como sería el caso de *El Guasón*, de Warner. El film sorprendió con una gran concurrencia, que hizo que se mantuviera en cartelera más semanas que las estimadas. En este sentido, las distribuidoras podrían repartir las fechas de estrenos evitando la competencia del material en las mismas semanas cinematográficas, impactando en el *market*

57 Dictamen 94 del 7/11/2017 receptado en el Expediente N.º S01:0057194/2013, caratulado *Colegio de Farmacéuticos de Tucumán s/Infracción Ley 25.156 (C. 1462)*.

share. Es dudoso que dicho acuerdo pudiera afectar el interés económico general, pues en realidad favorece también a los cines y a la industria al distribuir los lanzamientos del material durante todo el año.

- Porcentaje de regalía a cobrar en la semana del estreno y cómo se disminuirá en las semanas subsiguientes. Si bien el dictamen que analiza la compra de Hoyts aborda cuáles eran las costumbres a dicha fecha, este porcentaje es variable de acuerdo a la distribuidora, al cine y al tipo de material exhibido.
- Porcentaje de regalía cobrado a diferentes circuitos de exhibición.
- Restricción para aplicar descuentos o promociones que reducirían el monto de la regalía a cobrar. La prohibición a aplicar promociones de 2x1 o descuentos en las primeras semanas de exhibición de *blockbusters* es una práctica habitual en la industria y podría asemejarse con la facultad de fijar precios mínimos o condiciones de venta.
- Conocer con qué material filmico comparten cartelera en las salas. En muchas oportunidades, las distribuidoras exigen una cantidad de exhibiciones diarias o la exclusividad en la pantalla de cine. Esta circunstancia podría perjudicar a salas con pocas pantallas, a los espectadores —que pasan a tener una oferta menor de material— y también a otras distribuidoras con menor *market share*.
- El medio digital pone a disposición información presente, en tiempo real y de manera instantánea. También informes históricos y con periodicidad diaria, como los que ya hace años ofrece Comscore.
- Si la intermediaria bajo estudio operara también en el mercado de la publicidad digital, permitiría que las distribuidoras que compiten comparen estrategias de *marketing* o comerciales, pudiendo afectar la competencia al regular la inversión en publicidad.
- La intermediaria digital no es una asociación profesional o cámara empresaria, por lo que no participa de programas de información estadística para compartir la data recopilada, como por ejemplo el INCAA. La información recabada por Fandango sin duda es uno de los mayores activos que posee y no está accesible por igual para adheridos y no adheridos a la intermediación digital de Fandango.

- El potencial de controlar las negativas de exhibir cierto material cinematográfico.
- La intermediaria digital no es imparcial de acuerdo a lo ya evaluado y podría tener cláusulas discriminatorias, de exclusividad o espacios preferenciales de publicidad, como ya se analizó.

Habrá que evaluar puntiliosamente el efecto que cada variable podría generar en el mercado y si afecta el interés económico general para determinar si es ilícita.

Históricamente, la defensa de la competencia buscaba la protección de los pequeños actores y democratizar la economía. En la actualidad se busca la maximización del consumidor, es decir, mejorar el bienestar de los consumidores, todo ello con fundamento en el artículo 42 de nuestra carta magna,⁵⁸ que dispone la obligación de promover la libre competencia y luchar contra los monopolios.

6.4. Conclusiones de la tercera parte

En primer lugar, leer los dictámenes de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ilumina con información que se desconoce en Argentina, confirmando la hipótesis de la falta de neutralidad de Fandango. Antes de leer dicha información, solo se podía inducir la falta de neutralidad de la intermediaria desde las prestaciones que ofrecía a cada segmento, las violaciones marcarias y/o la promoción que hacía para determinadas empresas.

58 “ARTÍCULO 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

De todo lo expuesto, se concluye que la industria audiovisual es un terreno fértil para la defensa de la competencia con una tendencia a la concentración, relaciones verticales y muchos antecedentes nacionales e internacionales de relevancia.

Su dinámica es ágil y en Argentina se basa mayormente en los usos y costumbres que cambian e instan a las partes a adaptarse. Habrá que estar especialmente alerta ante la actual disrupción audiovisual provocada por la tecnología y profundizada por el COVID-19. Hoy se debilitaron los intermediarios que no agregan valor, crece el poder de los titulares de las obras y además pueden vincularse directamente con los consumidores a través de plataformas propias, como Disney+.

La disrupción alcanzó también las relaciones de poder que reinaron durante años en la industria, lo que posiblemente termine modificando la ventanas de exhibición exclusiva de los cines, introduciendo nuevos actores y mercados con intermediarios digitales, publicidad digital, material que se exhibe en simultáneo en salas y *streaming*, recopilación de datos y próximamente el 5G, que brindará mayor acceso a internet y al *streaming*, lo cual generará aún más disrupción.

Es importante recordar que el fundamento económico y constitucional actual de la defensa de la competencia es luchar contra los monopolios para maximizar el bienestar del consumidor. Su rol no es tutelar a los competidores débiles que no puedan resistirla, quienes naturalmente se perderán en el camino. Por el contrario, busca velar por que las posiciones dominantes no atenúen la innovación o tengan efectos exclusorios, impidiendo la entrada de nuevos competidores, pudiendo también distinguir cuándo los efectos son lesivos de la competencia por afectar a los consumidores y cuándo se justificarán por generar eficiencia en las ganancias con reducción de costos que permitan ofrecer bienes o servicios a menor precio.

Finalmente, también abre una agenda de temas que podrán enriquecer a toda la industria cinematográfica y que en nuestro país aún son conocidos y dominados por pocos. La educación despejará fantasmas a aquellos que creen que la Ley de Defensa de Competencia es una herramienta más que fomenta o protegerá a los competidores débiles de las empresas con posición monopólica u oligopólica. Por

el contrario, tiene el foco puesto en beneficiar al consumidor, promover la competencia y, con ella, la innovación.

7. Parte 4: propuesta de innovación

7.1. Necesidades insatisfechas

Desde hace años, y me animaría a decir décadas, uno de los problemas de la industria cinematográfica argentina es la gran cantidad de material existente y la poca cantidad de pantallas o canales donde exhibirlo. Un sector cuestiona fuertemente la política de las salas de cine, señalando que exhiben solo material con salida comercial, mayormente películas de origen estadounidense, dejando fuera el material independiente que, explican, precisa estar en cartelera varias semanas para lograr traccionar público con la recomendación “boca en boca” de los espectadores.

Del otro lado están las salas cinematográficas que precisan cautivar a sus espectadores y acercarlos a sus salas para hacer la actividad sustentable. Hoy, deben convencer a los espectadores que volver al cine es seguro pese al temor que instaló el COVID-19. Además, tiene el desafío de superar las propuestas de las plataformas de *streaming*. Deben realizar grandes inversiones en su equipamiento y tecnología para ofrecer una experiencia superadora de ver cine en los hogares. Asimismo, afrontan una excesiva carga tributaria para la actividad, altos costos laborales y disputas gremiales aun durante la cuarentena y sin tener ningún tipo de previsibilidad de recuperación para la actividad o ingreso. También enfrentan duras negociaciones con las distribuidoras cinematográficas para establecer los porcentajes de regalías o fechas de estreno.

En paralelo, existen espacios de exhibición subsidiados por el Estado que deberían dedicarse a promover nuestra cultura nacional, visibilizar nuevos talentos aún desconocidos y brindarles la oportunidad de proyectar su material a la gran cantidad de estudiantes de cine, estrenando su material en todo el país y permitiéndole a la sociedad encontrar en dichos establecimientos subsidiados una oferta de cultura independiente, la cual, de no tener apoyo estatal, nunca podría sostenerse en un cine comercial. Sin embargo, esto no ocurre y terminan proyectando material norteamericano argu-

mentando que eso es lo que solicita ver el público (*Los exhibidores cuestionan...*, 2016). En las últimas vacaciones invernales con actividad cinematográfica (2019), la provincia de Córdoba se caracterizó porque en varios Puntos Digitales dependientes directamente del Ministerio de Modernización exhibieron de modo ilegal copias de *Toy Story 4* o *Dumbo*. ¿No deberían estos espacios, que fueron equipados y sostenidos por el Estado, dedicarse a fomentar el material independiente?⁵⁹



Figura 11. Captura de pantalla del comunicado de la Agencia Córdoba Cultura.

La pregunta entonces sería quiénes en la industria audiovisual están analizando cómo mejorar esta, preguntándose, por ejemplo, si la intermediación propuesta por *Fandango* podría utilizarse para ello. ¿No podrían los cines, los productores, los directores, las distribuidoras y el Estado pensar en la posibilidad de ampliar los programas solidarios que tienen para jubilados o escuelas y organizar funciones solidarias para hacer accesible la experiencia de ir al cine a aquellos que no pueden costearlo? Debe recordarse que una obra audiovisual es también una fuente de educación no formal y, en este sentido, se

59 Ver Gobierno de la Provincia de Córdoba (s.f.).

destaca el programa que desarrolla la Fundación DAC, denominado “El cine argentino va a las escuelas”.⁶⁰

El *blockchain* es una base de datos que se almacena en diferentes registros; cada integrante de la red tendrá registro de la información, por lo que la multiplicidad de registros lo hace más seguro que el modo de registración actual (en el que el titular de la información es por lo general el que la almacena y tutela). El *blockchain* brinda un registro descentralizado y seguridad a las transacciones, eliminando intermediarios y dando la posibilidad de verificar la trazabilidad, auditoría, transparencia y conciliación de las transacciones. Este tipo de tecnología tiene un especial valor para funciones de fiscalización, comercio internacional, servicios financieros, aseguradoras y atención médica, todos factores de alto impacto en el mundo del trabajo. Sylvia Edith Testa, docente de la Universidad CAECE, sostiene que el modo de alinear la revolución tecnológica con los operadores tradicionales es mediante un enfoque innovador, cuyo principal objetivo es el éxito de todos los actores dentro del negocio. ¿Y si se piensa en mejorar la industria cinematográfica argentina con la tecnología de *blockchain*?

El desafío actual es estudiar estos fenómenos y recordar lo que dispone nuestra carta magna en el artículo 42, en el cual consagra la libertad de elección del consumidor, y el artículo 75, inciso 19, que faculta al Congreso Nacional a proveer “a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento” y consagra la necesidad de que se protejan “el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.

7.2. Oportunidades que brinda la innovación abierta

Edison in the Boardroom Revisited (Harrison y Sullivan, 2012) señala la importancia de detectar cuándo es necesario buscar nueva innovación para fortalecer la salida comercial de una empresa. Propone preguntarse qué nueva innovación podremos necesitar. Para ello, es necesario identificar oportunidades en la fase de Intellectual Property Management System (IPMS). En este capítulo se describirán qué

60 Ver: <http://www.fundaciondac.org.ar>.

oportunidades insatisfechas y qué tecnología ya está disponible que podría ser fuente de innovación mediante licenciamientos.

7.2.1. Océanos azules

El *best seller* *La Estrategia del Océano Azul* de W. Chan Kim y Renee Mauborgne (2015) invita en su capítulo tercero a abrir las fronteras del mercado para crear océanos azules y obtener mayor ventaja competitiva. Señala la riqueza de explorar industrias alternativas: grupos estratégicos dentro de una misma industria que apliquen alguna estrategia similar, pudiendo resultar otra fuente de innovación abierta. En este punto se destaca la patente US2019/0026756A1 de titularidad de VISA USA Inc.

Asimismo, insta a explorar la cadena de compradores que participen directa o indirectamente de la decisión de compra y desafiarla, como lo hizo *Fandango*, quien hoy intermedia en la compra de *tickets* que antes se vendían directamente desde el cine al espectador.

También propone explorar las ofertas complementarias de productos y servicios. En el caso bajo estudio, podría ser la posibilidad de que una sala de cine ofrezca un servicio de *valet parking* o cuidado para menores, un descuento para el parque de diversiones o un stand de venta de muñecos con los personajes de las películas, disfraces y otros productos licenciados, como lo hace Disney en sus parques. ¿Cuánto potenciaría la venta de productos alternativos la posibilidad de adquirirlos en el momento de ver el film? En esta economía de la experiencia, una opción más sustentable sería dar la posibilidad de alquilar disfraces para ingresar a las funciones de películas, lo cual modificaría el contexto del cine y brindaría mayor protagonismo a los espectadores, haciendo más memorable la experiencia y, sin duda, más atractiva aún la visita al cine y el encuentro social en ese espacio. Estas alternativas generarían valor tanto a los exhibidores como a las distribuidoras, que, a su vez, podrían ser licenciantes de los productos alternativos.

Abrir la mirada a casos comparables exitosos como Disney, nuevamente sería una gran fuente de innovación y crecimiento para los productores, distribuidores y exhibidores nacionales.

7.2.2. Tecnología ya disponible

Estados Unidos es sin duda un ejemplo en innovación en esta industria, por ello, es importante analizar la tecnología ya disponible o existente en dicho mercado, estudiar ejemplos exitosos y evaluar cómo podrían impactar en Latinoamérica. Como ya se señaló, en el año 2000 en Estados Unidos la venta de *tickets online* ya era un hecho disruptivo; en Argentina, 19 años después, aún hay cines que no disponen de ese canal de venta.

Fandango, en Estados Unidos, tiene actualmente servicios innovadores y acordes con las últimas tendencias, que lamentablemente parecen estar lejos de ser aplicados aún en el mercado argentino. Por ejemplo, mediante su web les brinda a los espectadores la opción de alquilar películas para verlas desde sus hogares, y con el servicio de FandangoNOW ofrece la opción de adquirir un paquete que, por un bajo precio, permite alquilar varias películas.

De las búsquedas realizadas en Darts IP surgieron distintos pleitos que tienen como objeto las patentes US22181005(A) y US7515810(B2); US201314141417(A) y US9384783(B2) por un método de edición, grabación y reproducción. También surgieron diferentes pleitos en los que Fandango es demandada por el uso de distintas patentes, como las US1651701(A) y US6982733(B1), que ratifican que en Estados Unidos Fandango utiliza tecnología de avanzada no ofrecida aún en Argentina.

Si bien en Patbase al mes de agosto de 2019 no se encontraron registros de patentes bajo la titularidad de Fandango Media, se realizó una búsqueda por Fandango únicamente, con lo que se registraron nueve resultados que no tienen relación con el objeto del presente. Del análisis realizado en Patbase relacionando con Movie Trailers, luego refinada a las organizaciones vinculadas a este estudio, se obtuvo un resultando muy interesante: Apple tiene cuatro patentes concedidas, Amazon dos, Google una y Atom Tickets LLC cuatro, todas otorgadas en Estados Unidos con un gran pico de solicitudes en 2015.

Otra búsqueda interesante que se hizo en PatBase fue sobre la familia de patentes 62458870 asignada a Atom Tickets LLC y Moviefriends LLC. Del *abstract* surge que el objeto es el *management* colaborativo de venta de *tickets* para distintos espectáculos, ya sea

cine o conciertos, eventos deportivos, etc. Esta propuesta no solo vende *tickets* individuales, sino que vincula la venta con un evento social. Conecta los vínculos o relaciones sociales del usuario tomando información de sus *networks* e incentiva la posibilidad de obtener una cantidad de *tickets* para un evento determinado. Para Fandango o cualquier exhibidor y distribuidor implicaría un incremento en la venta de *tickets*, pues propone concurrir al espectáculo de manera colectiva y no solo, por lo que amplía la convocatoria. También ofrece ver tráilers y dejar un *feedback* relacionado con el evento. Como estrategia de *marketing* da la posibilidad de otorgar ofertas. Este sistema de *management* colaborativo para un evento sería una fuente de innovación de gran valor para Fandango y toda la industria audiovisual, pues, por sobre todo, sería la génesis de una comunidad que fomente no solo el ir al cine, sino también la crítica, el encuentro colectivo, el retomar el valor de salir de los hogares para compartir un evento cultural.

Amazon Technologies Inc. tiene patentado un sistema de tráilers de films *customizado* para cada usuario. Configurado con base en las preferencias y metadata asociada a cada usuario, permite exhibir tráilers, pero lo más rico es la posibilidad de seleccionar las partes del film que resultarían atractivas para ese usuario determinado. Podría definirse como un “tráiler personal o hecho a medida”. Esta tecnología también se encontró en Patbase como familia de patentes 59526236 (US2015172787A), la cual permitiría no solo incentivar la concurrencia al cine, sino también mejorar la experiencia de los espectadores al disminuir el riesgo de baja satisfacción al salir de la sala, es decir, beneficiaría tanto a la industria como a los espectadores.

Comcast Cable Communications LLC tiene registradas las patentes US20180129293A1 y US010241586B2, que tienen como objeto un sistema y método para controlar la experiencia del usuario: una interfaz que detecta gestos del usuario, los analiza y utiliza para modificar lo proyectado y permitir una experiencia satisfactoria en el usuario. Esto es realmente extraordinario, ya que posibilita testear las emociones que se generan al mirar un contenido y adaptarlo y personalizarlo nuevamente de acuerdo con el usuario u espectador.

Apple INC tiene registrada la familia de patentes 52366361 (US2012290336A), que es un sistema y método para proveer *tickets*

electrónicos, mostrar y relacionar la información, configurar un teléfono para permitir el ingreso al evento y obtener un beneficio particular para el evento luego de haber adquirido el *ticket* electrónico.

Finalmente, la patente US201500511990A1 sería creativa para los exhibidores: un sistema de venta y *delivery* automático de productos dentro de una sala de cine y durante la proyección. Los espectadores podrían ordenar bebidas, *snacks*, pochoclos desde sus butacas y recibirlos de manera automática y directa sin la intermediación de personas. ¡Qué interesante para la venta de productos en la nueva normalidad!

7.2.3. Comunidad audiovisual

Desde 2013 sostengo que la fuerte fragmentación y recelo entre los distintos actores de la industria audiovisual afectan su consolidación y crecimiento. Por otro lado, en la actualidad abundan las comunidades digitales y crece la conciencia colectiva y la cooperación en varias áreas. El gran desafío es mantener viva a la comunidad audiovisual en la nueva normalidad pos COVID-19. Luego, fortalecerla, integrarla y expandirla, viendo la grave crisis que atraviesa el sector como una gran oportunidad para innovar.

El camino recorrido por Fandango enseña; ofrece un antecedente para innovar con mayor acierto. Su intermediación podría resultar mucho más atractiva para los cines si les ofreciera, por ejemplo, la oportunidad de establecer un vínculo personal y único con sus espectadores basado en inteligencia artificial, una experiencia de usuario de avanzada que podría sugerir películas, ubicaciones, funciones más económicas y la posibilidad de predecir los futuros estrenos. Así, se podría saber de antemano qué película concurrirá a ver cada usuario, qué consumirá en el *candy bar* o con quiénes iría.

Podría también intermediar con la programación de las películas sustituyendo un costo actual de los cines con el uso de la tecnología. Por qué no ayudarlos a interpretar y utilizar la big data, tan valiosa hoy, que los cines desperdician y es el petróleo para brindar un servicio exitoso para mantener la clientela. Asimismo, autorizar el uso de sus marcas a Fandango para obtener una intermediación que también potencie el negocio de la exhibición con servicios innovadores.

Heidi K. Gardner, en su libro *Smart Collaboration* (2016), sostiene que la creación de plataformas tecnológicas puede resultar útil para transformar relaciones de competencia en relaciones colaborativas, que el éxito de esta deberá estar acompañado naturalmente por cambios culturales. La tecnología ya colaboró en democratizar el acceso, visibilizar el conocimiento y las oportunidades, reducir los costos y garantizar mayor transparencia, reduciendo las pujas competitivas e incrementando los beneficios obtenidos con colaboración y transparencia. En el mismo sentido, en el libro *New Frontiers in Open Innovation* (2014), Joel West, en el capítulo que titula “Challenges of Funding Open Innovation Platforms”, sostiene el valor de utilizar *networks*, comunidades, ecosistemas y plataformas para generar reciprocidad y mitigar los riesgos de oportunistas para así mejorar las alianzas. Sostiene que las *networks* o redes son muy útiles para fomentar interacciones entre actores distintos e independientes, lo que facilitaría el intercambio industrial y favorecería la economía regional. Señala que promueven la coordinación de esfuerzos hacia la innovación y el trabajo conjunto para crear valor.

Y, por qué no, armar una verdadera comunidad digital de cinéfilos en la que compartan data y sus *feedbacks*, armen tribus de acuerdo a sus preferencias, generen mercado para tanto material sin público y hasta puedan producir material diseñado especialmente a partir de los intereses de esa comunidad, como ocurrió con la empresa Threadless, un caso exitoso de innovación abierta y comunidad considerado exitoso (Lakhani y Kanji, 2008).

7.3. Colofón

Concluyo que Fandango es un intermediario innovador y una fuente de innovación para las distribuidoras cinematográficas. Para la exhibición resultó más bien un *thriller*, pues es un intermediario que se presentaba como aliado de los cines para ayudarlos a mejorar sus ventas y resultó siendo aliado de las distribuidoras cinematográficas. Finalmente, Fandango resulta una gran aventura, pues, a través de distintas aristas de la propiedad intelectual y de la defensa de la competencia, sirve para comprender mejor las dinámicas, los desafíos y las brechas de la industria cinematográfica en plena disrupción.

Ofrece en Argentina una intermediación digital que no tiene un grado de innovación suficiente como el de otros mercados y aún no logró alcanzar un *market share* óptimo. No atiende necesidades insatisfechas de los exhibidores y podría ofrecer mayor valor para cautivar definitivamente a los espectadores locales, posicionando más aún su canal de venta. Sin embargo, es un actor crucial en este momento de disrupción tecnológica y posiblemente logre en breve tener un efecto red si no surgen sustitutos rápidamente. Tiene una estrategia internacional a largo plazo, es un intermediario innovador exitoso, ofrece servicios disruptivos, gestiona correctamente su propiedad intelectual, tiene el potencial para adaptar y transformar su negocio y alcanzó una admirable expansión geográfica internacional.

Además, cuenta con alianzas estratégicas con las distribuidoras cinematográficas de indiscutible peso en la industria. Es aliado de las dueñas de las obras que hoy además poseen canales digitales propios, como Disney+, brindando servicios tanto para los productos que desean estrenar en cine como para sus canales digitales. También cuenta con alianzas con exhibidores internacionales, como Showcase y Cinemark a nivel latinoamericano, y comparte con ellas una estrategia a largo plazo y una cultura de trabajo.

El tiempo dirá si logra conquistar el mercado de exhibidores locales y fragmentados. Aquellos que luchan por sobrevivir a la pandemia se resisten al cambio y muchas veces se encierran en el viejo mundo de *Cinema Paradiso*, exitosos en la época en que los cines eran los reyes que les imponían las condiciones a las distribuidoras. Allá cuando los espectadores eran pasivos y aceptaban ver aquello que decidía estrenar el cine, sin contar tampoco con la especial tutela que hoy protege a los consumidores, y donde no existía la necesidad de innovar por no existir la competencia de las cadenas multipantalla con presencia internacional ni de las plataformas digitales –como Disney+, Netflix, Amazon Prime, Cablevisión Flow, HBO Go, Apple Tv, Google Play, Fox Play–; los que añoran el regreso a la normalidad pre COVID-19 y confían en que existirá siempre un período de exclusividad para la exhibición del material en sus salas de cine, confiados de que tienen cautivos a los espectadores cinéfilos que ya vieron mucho material en sus hogares y ansían volver pronto a sentarse en sus butacas.

En mi caso, comencé este estudio motivada por una consulta profesional en la que Fandango y Disney fueron señaladas casi como enemigas de los cines. Si bien luego me embarqué en esta aventura solitaria y encerrada en el mundo académico, les agradezco a los cines por haberme presentado al intermediario que estudié con obsesión durante tantos meses y a Disney por haber comenzado a publicitar sus películas a través de este. En términos de Robert McKee (1997), esa consulta fue el catalizador o detonador de este estudio y el comienzo de esta aventura casi de película.

Surge así la gran expectativa de poder abordar colaborativamente con el resto de la industria la agenda de temas pendientes señalados en cada una de las conclusiones de este trabajo, convencida de haber aportado aquí información útil que espero sirva para trabajar de modo constructivo y con un abordaje multidisciplinario, que permitirá el crecimiento y consolidación de la industria cinematográfica argentina y, con ello, el crecimiento de todos los actores involucrados, sabiendo que esto fue solo el comienzo y sin duda, próximamente, vendrá una nueva temporada.

Bibliografía

- Baker, J. B. (2019). *The antitrust Paradigm. Restoring a competitive economy*. Harvard University Press.
- Barry, L. D. (2018). El rol activo como dirimente en materia de responsabilidad en el comercio electrónico. *La Ley*. AR/DOC/825/2018.
- Bork, R. H. (1993). *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. The Free Press.
- Brune, G. y Hirkland, J. (2 de julio de 2020). Here are the 2020 Movies Streaming Online Early Due to the Coronavirus. *Esquire*. <https://www.esquire.com/entertainment/g31871914/movies-streaming-early-coronavirus/>.
- Cabanellas de las Cuevas, G. (1994). *Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el Derecho Privado*. Heliasta.
- Cabanellas de las Cuevas, G. (2010). *Contratos de Licencia y Transferencia de Tecnología en el Derecho Económico*. Heliasta.
- Cabanellas de las Cuevas, G. (2013). *Régimen jurídico de los conocimientos técnicos*. Heliasta.
- Chan Kim, W. y Mauborgne, R. (2015). *La estrategia del Océano Azul*. Harvard Business School Publishing Corporation.

- Chesbrough, H., Vanhaverbeke, W. y West, J. (2014). *New Frontiers in Open Innovation*. Oxford University Press.
- Coloma, G. (2009). *Defensa de la Competencia*. Ediciones Ciudad Argentina.
- Comcast's Fandango to Buy Ticketing Firm Cinepapaya. (1 de diciembre de 2016). Dow Jones Institutional News. <https://search.proquest.com/docview/2196290165?accountid=28034>.
- Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. (2018a). *Guía para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio*. Ministerio de Producción y Trabajo. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guias_abuso_posicion_dominante.pdf.
- Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. (2018b). *Guía sobre Defensa de la Competencia para Asociaciones y Cámaras empresariales y Colegios y Asociaciones profesionales elaborada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en el mes de diciembre de 2018*. Ministerio de Producción y Trabajo. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_camaras_y_asociaciones_empresariales_10-12-2018.pdf.
- El cine en tiempos de Coronavirus: Disney postergó los lanzamientos de "La crónica francesa", "Mulán", las sagas de "Avatar" y "Star Wars" y muchas otras películas*. (23 de julio de 2020). Otros cines. <https://www.otroscines.com/nota-15898-el-cine-en-tiempos-de-coronavirus-disney-postergo-los-l>.
- Fisher, R. y Ury, W. (1991). *Getting to yes: negotiating agreement without giving in* (2ª ed.). Penguin Books.
- García, F. (2017). *Innovación y experiencia en servicios* (1ª ed.). Mil Palabras.
- Gardner, H. K. (2016). *Smart Collaboration: how professionals and their firms succeed by breaking down silos*. Harvard Business Review Press.
- Gini, S. L. (s.f.). *La aplicabilidad del "Standard Rodríguez" a otros intermediarios de Internet*. DITC.
- Globant. (2018). *Embracing the power of AI*. Roundtree Press.
- Gobierno de la Provincia de Córdoba. (s.f.). *Comunicado de la Agencia Córdoba Cultura*. <https://cultura.cba.gov.ar/comunicado-de-la-agencia-cordoba-cultura-2/>.
- Harrison, S. S. y Sullivan, P. H. (2012). *Edison in the Boardroom Revisited: how leading companies realize value from their intellectual property*. John Wiley & Sons, Inc.
- Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales. (s.f.-a). Anuarios. http://fiscalizacion.incaa.gov.ar/index_anuarios_2019.php.
- Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales. (s.f.-b). *Res. 2809/2014/INCAA: Empresas registradas proveedoras de software de emisión de Boletos Oficiales Cinematográficos, validadas por el INTI a Febrero de 2020*. http://fiscalizacion.incaa.gov.ar/index_proveedoras_de_software.php.
- Johansson, F. (2017). *The Medici Effect: what elephants and epidemics can teach us about innovation*. Harvard Business School Press.
- Lakhani, K. R. y Kanji, Z. (2008). *Threadless: The Business of Community*. Harvard Business School, Multimedia/Video Case 608-707.

- Lemley, M. A. y McKenna, M. (2010). Irrelevant Confusion. *Stanford Law Review*, 62, 413-454.
- Los exhibidores cuestionan la política de los Espacios INCAA*. (18 de junio de 2016). Otros Cines. Ver: <http://www.otroscines.com/nota?idnota=11055>.
- Markman, A. B. (2016). *Open Innovation: academic and practical perspectives on the journey from idea to market*. Oxford University Press.
- Mayberry, D. y Brownlow, P. (2014). Keyword Advertising in the United States and European Community. *The Trademark Reporter*, 104(6).
- McKee, R. (1997). *Story: Substance, structure, style and the principles of screenwriting*. Harper Collins Publishers.
- Ministerio de Producción. (2018). *Lineamientos para control de las concentraciones económicas*. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-208-2018-308818>.
- Mitelman, C. O. (2015). *Marcas y otros signos distintivos* (1ª ed.). La Ley.
- Molina Quiroga, E. (22 de mayo de 2008). Exigencias de buena fe en los contratos informáticos. *La Ley*, 2008-C, 1062.
- MovieTickets.com announces affiliate partnership with Clear Channel Radio*. (11 de diciembre de 2008). PR Newswire Association LLC. <https://search.proquest.com/docview/448437498?accountid=28034>.
- MovieTickets.com Introduces Ticketing Pact with the National Association of Theatre Owners' Cinema Buying Group*. (24 de julio de 2015). Wireless News. <https://search.proquest.com/docview/1698287453?accountid=28034>.
- MovieTickets.com Signs Carmike Cinemas*. (28 de mayo de 2013). Entertainment Close - UP. <https://search.proquest.com/docview/1355593390?accountid=28034>.
- Núñez, C. (5 de junio 2020). Disney decidirá qué películas se estrenarán en el cine o en streaming. *CineMasComics*. <https://www.cinemascomics.com/disney-decidira-que-peliculas-se-estrenaran-en-el-cine-o-en-streaming/>.
- Online Movie Ticketing Services Market Analysis, Trends, and Forecasts, 2022 - Asia-Pacific Spearheads Growth in Online Movie Ticketing Services*. (6 de junio de 2019). NASDAQ OMX's News Release Distribution Channel. <https://search.proquest.com/docview/2235570817?accountid=28034>.
- Online Tickets Seek Bigger Role at the Movies*. (12 de febrero de 2015). Dow Jones Institutional News. <https://search.proquest.com/docview/2069318486?accountid=28034>.
- Organisation for Economic Co-operation and Development. (8 de junio de 2018). *Blockchain Technology and Competition Policy - Issues paper by the Secretariat*. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)47/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)47/en/pdf).
- Osterwalder, A. y Pigneur, Y. (2010). *Business Model Generation*. John Wiley & Sons, Inc.
- Otamendi, J. (2017). *Derecho de Marcas* (9ª ed.). Abeledo Perrot.
- Pulvirenti, O. (2017). *Ley de Cine y Artes Audiovisuales y Normas Complementarias comentadas y anotadas*. Unión Personal Civil de la Nación.
- Raffo, J. (2003). *Ley de fomento y Regulación de la Actividad Cinematográfica Comentada*. Ediciones Lumiere.

- Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/?w=intermediario>.
- Regal Entertainment Group links with MovieTickets.com. (14 de marzo de 2015). Entertainment Close - Up. <https://search.proquest.com/docview/1663205895?accountid=28034>.
- Schwartzel, E. (13 de octubre de 2017). Fandango Ticketing Service to Buy Rival MovieTickets.com; Company sees deal expanding list of participating theaters, giving service footprint in Canada and U.K. *Wall Street Journal* (online). <https://search.proquest.com/docview/1950496213?accountid=28034>.
- Smith, D. y Trimmer, B. (30 de septiembre de 2010). What to Do When Your Trade Mark is under Attack Online. *Managing Intellectual Property*. <https://www.managingip.com/article/b1kc0tr4nfr4lc/what-to-do-when-your-trade-mark-is-under-attack-online>.
- Soley, A. (29 de octubre de 2015). *Threadless: The Continuing Success of one of the older Crowdsourcing companies*. Harvard Business School. <https://digital.hbs.edu/platform-digit/submission/threadless-the-continuing-success-of-one-of-the-older-crowdsourcing-companies/>.
- United States District Court for the District of Columbia. (2 de febrero de 2018). *Expert Report of Carl Shapiro: United States of America v. AT&T INC., DIRECTV GROUP HOLDINGS, LLC, and TIME WARNER. INC.* <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1081336/download>.
- Vibes, F. P. (15 de julio de 2008). Contratos informáticos: estándares aplicables. *La Ley*, 2008-D, 367.

Jurisprudencia citada

- Cámara Nacional Comercial, Sala C, *A&CISA c/Buenos Aires Software S.R.L. y otro s/ordinario*, 84.559/2003, 10/10/2008. eIDial AA51F4.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Comodoro Rivadavia, Sala B, *Besler Darío Rubén c/Mercadolibre S.R.L. s/sumarísimo*, sentencia del 27/5/2019.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, *Sociedad Escolar Alemana de Villa Ballester c/Ditada Nicolás M. y otro*, sentencia de fecha 8/5/2008. Publicado: SJA 22/10/2008 JA 2008-IV-395. Abeledo Perrot 70046380.
- Conducta 880 S01 en el Expediente 0060577/2003 resuelta el 28/11/2013 en los autos caratulados *Asociación de Anestesia, Analgesia y reanimación de Buenos Aires s/infracción ley 25.156 (C.880)*.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Rodríguez, María Belén c/Google Inc. s/daños y perjuicios*, sentencia del 28/10/2014.
- Dictamen 104 del 4 de mayo 2017 receptado por la Resolución 2017-480-APN-SECC#MP del 22/6/2017 en el expediente S01:0554519/2016 caratulado *Comcast Corporation, Mobile Commerce Holdings, SL y otros s/ Notificación artículo 8º Ley 25.156 (CONC.1402)*.

- Dictamen 128 del 28/6/2017 receptado por la Resolución de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción N° 2017-605-APN-SECC#MP del 3/8/2017 en el Expediente S01:0531592/2016 caratulado *Viacom Camden Lock Limited, Telefónica de Contenidos S.A. y Telefónica Holding de Argentina S.A. s/Notificación art. 8 de la ley 25.156 (CONC.1396)*.
- Dictamen 1400 del 30/11/2016 integrante de la Resolución de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción N° 2016- 417-E-APN-SECC#MP en el Expediente S01:24512/2015 caratulado *Hoyts General Cinema de Argentina S.A. s/Consulta interpretación ley 25.156 (OPI. 259)*.
- Dictamen 94 del 7/11/2017 receptado en el Expediente N.° S01:0057194/2013, caratulado *Colegio de Farmacéuticos de Tucumán s/ Infracción Ley 25.156 (C. 1462)*.
- Hoyts General Cinema de Argentina S.A. s/ Consulta interpretación ley 25.156 (OPI. 259)*.
- Interflora Inc and Interflora British Unit v. Marks & Spencer plc and Flowers Direct Online. Ltd. 2011 ECR. I – 8625. Case C-323/09.*
- Juzgado Comercial N° 5, Secretaría N° 9, *Gomez Maciel Francisco José c/Dridco S.A. s/Ordinario*. Expediente 4470/2014, sentencia del 15/2/2016.

Jurisprudencia comentada

* * * *

Infracción a la propiedad intelectual en una plataforma de *e-commerce*: análisis de la responsabilidad del portal de ventas

Comentario al fallo *Iglesia Mesiánica Mundial Sekai Kyusei Kyo en la Argentina c/Mercado Libre S.A. y otros s/Propiedad Intelectual 11.723*

* * * *

Luciano Gustavo Bevolo

Profesional e investigador independiente

lucianogbevolo@gmail.com

1. Plataformas *e-commerce*. Ausencia de regulación específica

Las “plataformas digitales” son espacios creados en internet para almacenar información y permitir la ejecución de diversos programas a fin de satisfacer múltiples necesidades de los usuarios utilizando menos recursos. Cuando se habla de plataformas digitales “intermediarias” se refiere a que el servicio prestado por estas consiste en brindar acceso, alojar, transmitir o indexar contenido, productos o servicios de terceros, quienes se registran en la plataforma y delegan en esta ciertas etapas de la comercialización, como suele ser la logística, debido a que se encuentran equipadas tecnológicamente de manera adecuada para llevar a cabo dicha tarea con mayor eficiencia, facilitando de esta manera el intercambio de bienes y servicios entre los usuarios (Sarra, 2000, p. 285).

Sin perjuicio de aislados intentos regulatorios que no trascendieron más allá de las entusiastas intenciones de algunos legisladores

de turno, es posible afirmar que existe una ausencia de regulación específica para el comercio electrónico en el orden jurídico argentino (Bielli, 2020, p. 215). Desde la aparición de dicho fenómeno y hasta el dictado de los emblemáticos fallos *Claps* y *Kosten*, a los que sumariamente se hará referencia más adelante, la tendencia legislativa y hermenéutica jurídica ha consistido básicamente en equiparar las ventas realizadas en el entorno digital con las celebradas fuera del establecimiento del vendedor, en la vía pública o por correspondencia –terminología utilizada por el vigente Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) y la Ley de Defensa del Consumidor para referir a estas modalidades “especiales” de contratación–, traspolando así criterios y conclusiones propias de este último tipo de ventas a un fenómeno completamente diferente, como es el comercio electrónico en su acepción actual.

Por otro lado, surge del derecho comparado que las legislaciones que prevén un régimen específico para el comercio electrónico y/o para las plataformas digitales intermediarias han optado por regular la responsabilidad de estas últimas bajo el prisma subjetivo, requiriendo como presupuesto la demostración de la culpa o el dolo.

En Argentina, ante un supuesto de infracción a la propiedad intelectual producida dentro del ámbito de la plataforma, se parte de la misma ausencia de regulación específica referida precedentemente. Así, tanto la Ley 11723 de Propiedad Intelectual como el Código Civil y Comercial de la Nación y demás normativa vigente directa o indirectamente vinculada al supuesto planteado carecen de previsiones concretas respecto a la responsabilidad de estos sujetos particulares que ponen a disposición de los usuarios un espacio digital donde, como la experiencia enseña, al igual que en cualquier otro ámbito destinado a la comercialización de bienes o servicios, desafortunadamente es habitual que se cometan múltiples infracciones a la propiedad intelectual, sea a los derechos de autor y conexos, sea a la propiedad industrial en sus diversos aspectos.

2. Un breve repaso de *Claps* y *Kosten*, los *leading cases* que reflejan las posturas existentes en Argentina respecto a la responsabilidad de las plataformas de *e-commerce*

Uno de los puntos más controvertidos en relación con las consecuencias jurídicas que se derivan del rol de intermediarias que ejercen las plataformas digitales se encuentra en determinar los alcances de su responsabilidad.

Es claro que en todos los casos deben responder frente a los usuarios por la adecuada operatividad y funcionamiento del sistema en sí, ya que esta constituye la prestación principal a la que aquellas se obligan y que deben cumplir en función del contrato que celebran con estos últimos. Ahora bien, la cuestión radica en establecer en qué casos la responsabilidad de dichas plataformas comprende las consecuencias derivadas de las ofertas y publicaciones que los usuarios efectúan en ese ámbito –incluso si las operaciones no llegasen a concretarse– y, en su caso, si la mencionada responsabilidad debería ser del tipo subjetivo u objetivo.

Al respecto, existen dos posturas con amplia adhesión doctrinaria y apoyatura en antecedentes jurisprudenciales de trascendencia a nivel nacional: una que podría denominarse “objetiva” y otra “subjetiva” por los motivos que se evidenciarán a continuación, identificándose la primera de ellas con el fallo *Claps, Enrique Martín y otro c/Mercado Libre S.A. s/daños y perjuicios*, resuelto por la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en el año 2012 –y que ha quedado firme por un pronunciamiento de la Corte al año siguiente–, y la segunda con el fallo *Kosten, Esteban c/Mercado Libre S.R.L. s/ordinario*, resuelto por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el año 2018.

Cabe aclarar que los mencionados fallos versan sobre supuestos de hecho a los que resulta de aplicación el régimen consumeril, por lo que los magistrados se han abocado a analizar la responsabilidad de las plataformas digitales por la venta de productos/servicios viciosos o riesgosos en *Claps*, y por la falta de entrega del bien en *Kosten*, ambos en el marco de distintas relaciones de consumo. Por ende, al momento de fundar las respectivas decisiones y exponer las posturas existentes al respecto, se ha partido de la base de principios, normas y presupuestos propios de dicho sistema (v.gr., la especial vulnerabi-

lidad del consumidor electrónico, la teoría del “riesgo-provecho”, los deberes de información y seguridad y el principio *in dubio pro consumptore*, entre otros), lo cual deberá ser tomado en consideración en caso de pretender una aplicación de lo resuelto en alguno de tales fallos a otro supuesto de hecho en el que no existiera intervención de un sujeto en calidad de consumidor y, por ende, quedara excluido el régimen protectorio previamente referido, como es el caso del fallo a analizar en la presente reseña.

Prevenida dicha cuestión, corresponde exponer brevemente las posiciones y fundamentos que se extraen de los *leading cases* aludidos, comenzando por la que se ha dado en llamar como “postura objetiva”. Este sector de la doctrina, apoyado en el precedente *Claps* del año 2012, entiende que la responsabilidad de las plataformas se funda en un factor objetivo de atribución –la actividad riesgosa que efectúa el intermediario–, que dicha responsabilidad debe ser proporcional a su profesionalidad y que, al lucrar con el servicio prestado, del mismo modo que percibe beneficios, debe soportar los riesgos derivados de dicha actividad, respondiendo objetiva y solidariamente con el vendedor/proveedor directo por los daños causados en su ámbito de control.

Desde otro costado, la “postura subjetiva”, cuyo sostén argumentativo puede encontrarse en el fallo *Kosten* del año 2018, asevera que las plataformas digitales que prestan un servicio de *hosting* o alojamiento de datos facilitados por el propio destinatario del servicio solo son responsables en caso de que, habiendo sido notificadas de la existencia de un vicio, irregularidad o ilegalidad en la información que alojan o en los productos que allí se ofrecen –es decir, cuando toman conocimiento *a priori* de un potencial evento dañoso–, aquellas omitieran actuar con diligencia frente a tal denuncia, suprimiendo de manera preventiva el contenido potencialmente dañoso.¹

1 Análoga a esta última postura es aquella que se desprende de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo *Rodríguez, María Belén c/Google y Yahoo* del año 2014, que trata la responsabilidad de los buscadores de internet en carácter de intermediarios digitales y prestadores de un servicio de *hosting*, oportunidad en

3. La responsabilidad de la plataforma ante una infracción a la propiedad intelectual: el caso *Iglesia Mesiánica c/Mercado Libre S.A. y otros*

En el mes de marzo de 2022, los magistrados integrantes de la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil se pronunciaron sobre una sentencia apelada que había sido dictada en el año 2019 en autos *Iglesia Mesiánica Mundial Sekai Kyusei Kyo en la Argentina c/Mercado Libre S.A. y otros s/propiedad intelectual 11.723*.

La sentencia dictada en primera instancia había admitido la demanda por plagio promovida por la Iglesia Mesiánica contra Luis Ernesto Ferrari, quien vulneró el derecho de propiedad intelectual de la primera sobre el libro *Cimientos del Paraíso*. No obstante, pese a que la actora consideró que tanto Mercado Libre S.A. como MYM Distribuidora eran también responsables por la infracción, la demanda en contra de estos últimos fue rechazada.

Para decidirlo así, el juez de primera instancia citó el precedente *Kosten*, aseverando que en ambos casos el operador de la plataforma había desempeñado un “rol neutro”, limitándose a proporcionar un foro para posibilitar la transacción entre usuarios del sistema, lo cual impedía exigirle el conocimiento previo y efectivo del hecho ilícito, sumado a que, en el caso de su competencia, ni siquiera se había esgrimido (y mucho menos acreditado) que Mercado Libre hubiese conocido efectivamente que el libro del demandado Ferrari constituía un plagio de la obra de la actora Iglesia Mesiánica.

Así las cosas, la actora apeló la sentencia, agraviándose, entre otras cuestiones, de que se hubiera rechazado la responsabilidad de Mercado Libre por la promoción y comercialización de productos ilícitos, invocando el precedente *Claps* y refiriendo que *Kosten* no era más que un caso aislado que no se relacionaba con la situación fáctica tratada en la sentencia recurrida.

De esta forma, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil tuvo en sus manos una nueva oportunidad de pronunciarse respecto a la responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico –en

la que el máximo tribunal estableció que a la inexistencia de una obligación general de vigilar por parte de dichos intermediarios le sigue, como regla, la inexistencia de responsabilidad.

esta ocasión, con motivo de una infracción a la propiedad intelectual dentro de Mercado Libre— y, específicamente, el surgimiento del interrogante de si esta empresa debía responder por la publicación y/o la comercialización de un libro plagiado en su sitio de ventas *online*.

Cabe destacar que, al momento de resolver, la Cámara partió de la base de que, tal como se expuso en el introito a este ensayo, en Argentina no existe un régimen normativo específico que regule la responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico,² máxime considerando que la cuestión sobre la que debía pronunciarse surge de una situación jurídica preexistente a la entrada en vigencia del CCCN y, por lo tanto, correspondía ser juzgada bajo las disposiciones del Código Civil velezano, como también que, en este caso particular, a diferencia de los dos precedentes invocados, no medió contrato ni relación de consumo entre la Iglesia Mesiánica y Mercado Libre, por lo que, además, correspondía descartar la aplicación de los principios, normas y presupuestos propios del sistema consumeril que en los fallos aludidos habían tenido suma influencia al momento de ponderar los intereses en juego.

En consecuencia, teniendo en cuenta las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, la Cámara encuadró la cuestión en el marco de la responsabilidad civil extracontractual e inmediatamente concluyó, citando doctrina extranjera, que “la plataforma no puede ser obligada a supervisar en forma generalizada sus contenidos para identificar a las personas o las informaciones que infringen los derechos de un tercero” y que, por el contrario, esa obligación “recae en el titular de tales derechos”.³

Acertadamente, el Tribunal expuso que, dentro de la aludida responsabilidad civil extracontractual, la hipótesis configuraría un supuesto específico de responsabilidad subjetiva por hecho propio del intermediario, debiendo desentrañarse, según las circunstancias de cada caso concreto, si este ha contribuido a la infracción contra el titular de un derecho de propiedad intelectual mediante su inter-

2 Ver considerando N° 1 de la sentencia dictada en autos *Iglesia Mesiánica Mundial Sekai Kyusei Kyo en la Argentina c/Mercado Libre S.A. y otros s/propiedad intelectual 11.723* en marzo de 2022.

3 Ídem.

vención “activa” en la presentación y promoción de la información alojada en su sitio, con pleno conocimiento de su ilicitud, lo cual, en su caso, derivaría en una concurrencia de conductas antijurídicas independientes –aunque coadyuvantes– entre el principal infractor (usuario que publicó la oferta) y el intermediario (plataforma de comercio electrónico), o si, por el contrario, este último ha desarrollado una actividad puramente “pasiva” y automática que le impedía controlar *a priori* la licitud del contenido que el usuario publicó.

Conforme surge del razonamiento efectuado por la Cámara, de las pruebas rendidas en el caso atinente al plagio de la obra de Iglesia Mesianica resulta que Mercado Libre llevó a cabo una actividad “meramente intermediaria, neutra y pasiva”, limitándose a alojar en dicha plataforma el ofrecimiento de venta del libro en cuestión publicado por el vendedor MYM Distribuidora, según el cual el autor de la obra era el demandado Ferrari, teniendo en cuenta que dicha información fue cargada en el sitio web por el usuario oferente. Por tal motivo, el Tribunal de segunda instancia sentenció que no era posible exigirle a Mercado Libre contar con un conocimiento efectivo previo del plagio de la obra publicada, por más diligencia que le fuera requerida, y que “no había manera razonable de conocer la ilicitud hasta que recibiese, por lo menos, la denuncia de la actora o la notificación de la medida cautelar”.⁴

Ahora bien, luego de este breve repaso del fallo comentado, cabe subrayar que en un pequeño fragmento del considerando N° 1 que corre el riesgo de pasar desapercibido, la Cámara ha hecho referencia a un artículo de doctrina extranjera que no debería desatenderse, en el cual se sostiene la posibilidad de que los términos “activo” y “pasivo” para aludir al rol de las plataformas intermediarias sean actualmente insuficientes, debido al avance producido en los últimos años en relación con los servicios digitales y que, en su lugar, sería más preciso hablar de “grados” de control o conocimiento efectivo de la plataforma (Arroyo Amayuelas, 2020, como se citó en Antón Juárez, 2020, p. 71).

Destaca el autor del presente que, según su criterio, lo antedicho es acertado y resultará crucial a los fines de determinar la responsabi-

4 Ídem.

lidad de las plataformas de *e-commerce* en futuros casos semejantes al que se ha pretendido escudriñar en esta ocasión, evitando así incurrir en razonamientos del tipo “blanco o negro” para dar lugar a una apreciación y valoración más realista y contemporánea de las posibilidades técnicas que actualmente brinda la inteligencia artificial a los operadores de sistemas electrónicos de alojamiento de datos, la cual, en su caso, permitiría detectar e incluso predecir, mediante algoritmos y análisis automatizado de metadatos, eventuales contenidos ilícitos dentro de la información que terceros (usuarios) publican en el sitio web.⁵

Sin perjuicio de lo expresado anteriormente en relación con la eventual posibilidad de detectar y/o predecir ilícitos que tendrían a su alcance las plataformas de *e-commerce* que cuenten con tecnología de vanguardia en inteligencia artificial, cabe aclarar que ello no conlleva indefectiblemente que estas intervengan de forma activa en las operaciones que se concreten en dicho ámbito, y que, por tal motivo, deba presumirse su conocimiento sobre cualquier eventual contenido ilícito y/o juzgarse su responsabilidad mediante el factor de atribución objetivo, pues si bien es cierto que la razonabilidad y la equidad indican que el deber de diligencia debería amoldarse a las características particulares de la empresa de la que se trate y a los recursos tecnológicos que tenga a su alcance, no resultaría justo que una mayor inversión en tecnología de avanzada y la adopción de medidas voluntarias de prevención se traduzcan en un perjuicio directo para ella (Antón Juárez, 2020, p. 72).

5 Sin ir más lejos, Mercado Libre, en la sección denominada “Declaración de privacidad y confidencialidad de la información de Mercado Libre” (<https://www.mercadolibre.com.ar/privacidad/declaracion-privacidad>) reconoce la utilización de inteligencia artificial, big data, *machine learning* y algoritmos de detección y prevención automatizada del fraude. Así, al 6 de mayo de 2022, en dicha sección, a modo de respuesta al subtítulo “¿Qué hacemos con la información personal?”, expresamente se indica: “[...] 4) Detectar y prevenir fraudes, abusos y delitos relacionados para proteger la seguridad de nuestros usuarios y la sustentabilidad de las plataformas [...] 5) Proteger derechos de usuarios, de terceros o propios de Mercado Libre [...] 6) Colaborar con los titulares de propiedad intelectual en el ejercicio de sus derechos. [...]”.

4. Reflexiones finales

El reciente fallo *Iglesia Mesiánica c/Mercado Libre S.A. y otros*, dictado por la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resulta particularmente novedoso, pues, del mismo modo que en el caso *Claps*, la publicación del contenido ilícito se realizó en la sección Marketplace, destinada a la comercialización de bienes no registrables, en la cual Mercado Libre ejerce una verdadera intermediación, impidiendo incluso que los usuarios accedan a la información necesaria para comunicarse entre sí previo a concretar la operación en la plataforma. No obstante, atento a las circunstancias del caso y efectuando una valoración realista de las posibilidades concretas de conocer el ilícito de antemano por parte de Mercado Libre, la Cámara consideró que lo más equitativo era juzgar su responsabilidad mediante la aplicación de la doctrina “subjetiva” y, en razón de no haberse invocado ni acreditado en el proceso judicial el conocimiento *a priori* del plagio, resolvió en consecuencia no hacer lugar a la demanda en contra de la renombrada plataforma.

De todo lo expuesto se extrae que, ante la ausencia de una regulación específica que otorgue pautas definidas y concretas para juzgar el actuar de los intermediarios digitales, el análisis de dicha responsabilidad debe efectuarse caso por caso, y que los factores que en un determinado caso parecen definitorios para atribuir responsabilidad no pueden ser tomados como esquemas estáticos para juzgar el actuar de la misma plataforma en otro caso, ya que, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en soluciones arbitrarias. Así, por ejemplo, en un caso semejante⁶ en el que se juzgó la responsabilidad de otra plataforma de ventas *online* ante la comisión de una infracción a derechos de propiedad intelectual –en el caso, al derecho de marcas–, se condenó a la plataforma por considerar que había ejercido un rol activo –el cual quedó evidenciado, entre otros factores, por el uso de *tags* (etiquetas)–, facilitando la confusión y dilución de una marca notoria.

6 CNCiv. y Com. Fed., sala III. *Nike International LTD c. Compañía de Medios Digitales CMD S.A. s/cese de uso de marcas*. 21/05/2015. Al respecto, ver comentario a fallo del Dr. Gustavo SCHÖTZ titulado *Responsabilidad de los portales de ventas por infracciones marcarias*. EL DERECHO, 27/08/2015, ISSN 1666-8987, N° 13.799, AÑO LIII, ED 264.

Sin embargo, ello no significa que no existan factores relevantes y útiles a los fines de contribuir a la tarea de desentrañar el real alcance de las obligaciones de la plataforma en cada caso y de qué manera debe ser juzgada su conducta, como ser el rol ejercido –teniendo en cuenta que, como se ha sugerido, actualmente debería hablarse de “grados” de control o conocimiento–, y aun en caso de que dicho rol fuese neutro o pasivo, habrá que indagar si en el caso existió conocimiento efectivo de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido deducir el carácter ilícito del contenido y actuado en consecuencia, sin que esto último implique un deber de vigilancia permanente, pues no existe disposición normativa vigente que así lo exija.

Como corolario, cabe resaltar nuevamente que, sin perjuicio de lo referido, el autor sostiene, según su criterio, que una mayor diligencia adoptada en forma voluntaria por la plataforma al utilizar la tecnología disponible para vigilar preventivamente no debería traducirse de forma automática en la presunción de un rol o intervención activa en todas las operaciones y contenidos que allí se alojen, ya que ello iría en detrimento de aquella e implicaría un desincentivo para que empresas como Mercado Libre actúen en forma preventiva para evitar la comisión de ilícitos en su sitio web (Antón Juárez, 2020, p. 72).

Bibliografía

- Antón Juárez, I. (2020). Infracción de un derecho de marca en plataformas de e-commerce: la actuación de la plataforma y el impacto en su responsabilidad. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(2). <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5602>.
- Bielli, G. E. (2020). *Contratos electrónicos: teoría general y cuestiones procesales* (Tomo II, 1ª ed.). La Ley.
- Sarra, A. V. (2000). *Comercio Electrónico y Derecho. Aspectos jurídicos de los negocios en Internet* (2ª ed.). Astrea.
- Schötz, G. (2015). Responsabilidad de los portales de ventas por infracciones marcarias. *El Derecho*, año LIII(13.799), ed. 264.

Normas editoriales

* * * *

Temática y alcance

La Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual es una publicación semestral de la Universidad Austral (Argentina), de la Universidad de La Sabana (Colombia) y de la Universidad Panamericana (México) que se propone difundir investigaciones científicas originales e inéditas de la actualidad jurídica en materia de propiedad intelectual, entendida esta en un sentido amplio.

Tiene por objetivo la difusión, actualización y debate en la materia, realizando aportes significativos y proporcionando criterios de análisis e interpretación de esta rama del derecho válidos y útiles para sus lectores

Está destinada a profesionales, jueces, funcionarios del sector público, investigadores, estudiantes y todo aquel que tenga interés en el Derecho de la Propiedad Intelectual e Industrial.

Periodicidad y formato

La Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual se publica semestralmente (enero-junio/julio-diciembre) en formato electrónico y en soporte papel. En la primera modalidad, la entidad editora adhiere a la política de acceso abierto (Open Access), la cual permite descargar, distribuir, copiar e imprimir el material publicado sin ninguna restricción. De esta manera, se garantiza el acceso libre e irrestricto a la información sin ningún tipo de limitación o barrera económica, técnica o legal para todos los lectores, realizando una significativa contribución académica que se traduce en aportes concretos al conocimiento científico.

Las investigaciones, que deben ser originales e inéditas, se reciben en forma continua, sin perjuicio de las convocatorias puntuales que se realicen en los períodos que disponga el Consejo Editorial. En todos los casos, los interesados en remitir sus trabajos deberán ajustar o adaptar los manuscritos a las instrucciones y normas de redacción previstas para los autores.

La RIPI se edita fundamentalmente en español, pero podrán recibirse artículos en portugués.

Selección de artículos

Los trabajos serán recibidos y examinados por el Comité Académico y el Consejo de Redacción, que corroborarán su pertinencia en relación a la temática y alcance de la RIPI, analizando, además, la originalidad, importancia, calidad académica e interés científico. El Comité Académico y el Consejo de Redacción decidirán la aceptación o rechazo de los artículos recibidos, comunicando su decisión a los remitentes. El rechazo podrá ser sometido a reconsideración del mismo órgano dentro del plazo de diez días de comunicado al autor.

Detección de plagio

El Comité Académico y el Consejo de Redacción de la RIPI y los directores realizan un estricto control de todos los manuscritos recibidos para verificar si presentan plagio.

El primer control se aplica al recibir el artículo, con una lectura realizada por miembros del Comité Académico y del Consejo de Redacción y una primera verificación sobre otras publicaciones del (de los) autor(es), permitiendo detectar todas aquellas conductas inapropiadas o reprochables desde el punto de vista ético, sin perjuicio de los controles posteriores y particularizados que realicen los árbitros revisores. La revista suministrará guías e indicaciones prácticas a los árbitros para revisar el artículo y detectar posibles plagios. En la etapa de corrección y edición de estilo se aplican controles adicionales sobre el artículo.

Si se envía una nueva versión de un artículo publicado anteriormente, el (los) autor(es) deberá(n) dejar constancia en la primera nota al pie y la nueva versión deberá estar justifica-

da (incluye novedades o recupera un artículo valioso, publicado en un idioma que no forma parte de los idiomas de la revista, u otra razón).

En caso de detectarse prácticas de plagio o autoplagio, los artículos serán rechazados y devueltos al autor mediante decisión expresa y fundada que identifique la infracción cometida.

Sistema de revisión por pares (*peers reviewers*)

Con el propósito de garantizar la calidad científica de las publicaciones, la Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual adopta el sistema de revisión por pares o *peers reviewers* en la modalidad doble ciego en todos los artículos de investigación que remitan los autores para su publicación, de esta manera, el anonimato recíproco entre autores y revisores permite lograr una mayor objetividad en el análisis de los artículos, obteniendo un control de calidad del contenido más eficiente y con mejores estándares de transparencia editorial e institucional.

Este proceso de revisión se realizará de la siguiente manera:

1. Los artículos serán recibidos y examinados por el Comité Académico y el Consejo de Redacción, que corroborarán su pertinencia en relación a la temática y alcance de la RIPI, analizando, además, la originalidad, importancia, calidad académica e interés científico. El Comité Académico y el Consejo de Redacción decidirán la aceptación o rechazo de los artículos recibidos, comunicando su decisión a los remitentes. El rechazo podrá ser sometido a reconsideración del mismo órgano dentro del plazo de 10 días de comunicado al autor.
2. El proceso de arbitraje solo se iniciará si los artículos recibidos cumplen las directrices para autores, las cuales pueden consultarse en este mismo portal.
3. Los artículos serán evaluados bajo la modalidad doble ciego, para lo cual serán remitidos a dos árbitros externos previamente seleccionados por el Comité Académico y el Consejo de Redacción, sin revelar la identidad de los autores. Los pares revisores, por su parte, tampoco conocerán la identidad de aquellos. El Comité Académico y el Consejo de Redacción eliminarán del texto y del archivo los nombres de los autores para preservar el anonimato.
4. Los árbitros solicitados, previa aceptación del arbitraje, deberán evaluar los artículos conforme a las normas de publicación y guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención. Asimismo, para expedirse tendrán un plazo máximo de 15 días desde su aceptación como árbitros.
5. Los árbitros externos expedirán un informe al Comité Académico y el Consejo de Redacción sobre el tratamiento de los artículos con las siguientes variantes en cuanto al contenido: a) aconsejando la publicación sin modificaciones; b) aconsejando la publicación con mejoras; c) rechazando la publicación. El dictamen será comunicado al autor, garantizando el anonimato del árbitro.
6. En caso de que se trate de un artículo aprobado con sujeción a cambios, el autor contará con un plazo de 15 días para el envío de la nueva versión, en cuyo caso deberá informar los cambios realizados o justificar cuando haya decidido no realizarlos. Por su parte, en caso de que corresponda, el árbitro deberá verificar las correcciones en un plazo de 15 días.
7. En caso de desacuerdo entre los árbitros, el Comité Académico y el Consejo de Redacción de la RIPI podrán requerir la designación de un tercer árbitro, cuya opinión permitirá sumar mejores fundamentos a la decisión que finalmente deba adoptarse.

8. El Comité Académico y el Consejo de Redacción tomarán la decisión de si finalmente publicará el artículo.
9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del artículo y la fecha de su aceptación.
10. Los autores recibirán un ejemplar de la revista impresa.

Los artículos que se publicarán en las secciones Jurisprudencia comentada y Legislación comentada no serán sometidos al proceso de revisión por pares, sin perjuicio del control previo y estricto que llevará a cabo el Comité Académico y el Consejo de Redacción de la RIPI, pudiendo, según los casos, remitir a un árbitro externo dichos contenidos cuando la profundidad, extensión y complejidad de estos lo justificara.

Ética y buenas prácticas editoriales

La Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual adhiere al Código de conducta y buenas prácticas editoriales del Committee on Publication Ethics (COPE), foro de discusión para editores de publicaciones científicas arbitradas (www.publicationethics.org), cuyo objetivo primordial es promover la integridad de las investigaciones académicas y sus publicaciones.

Política de secciones

La Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual cuenta con tres secciones:

- a) Doctrina
- b) Jurisprudencia comentada
- c) Legislación comentada

La sección de Doctrina presenta artículos de autores iberoamericanos con un enfoque de la ciencia del derecho. Los artículos se refieren a temas novedosos o, al menos, con un análisis desde una nueva perspectiva.

La sección de Jurisprudencia Comentada cuenta con el análisis de especialistas del Derecho de la Propiedad Intelectual, que identifican las sentencias más relevantes de los tribunales nacionales e internacionales.

La sección de Legislación presenta las novedades normativas más relevantes de la región.

Exención de responsabilidad

El contenido de los trabajos se atribuye directamente al autor o remitente de los trabajos. La Universidad Austral, la Universidad de La Sabana y la Universidad Panamericana, o sus unidades académicas, no se hacen responsables en ningún caso de la autenticidad, integridad y credibilidad de los artículos publicados.

Derechos de autor

Los autores remitirán las investigaciones haciendo constar que previamente no han sido publicadas por ningún medio gráfico o digital, garantizando a la RIPI el derecho a la primera publicación. Asimismo, manifestarán que no han sido cedidos los derechos de autor a cualquier otra institución o persona física y/o jurídica. La licencia de uso se ejercerá conforme a los siguientes términos y condiciones:

USOS PERMITIDOS. El AUTOR, por el solo hecho del envío del ARTÍCULO para su publicación en la RIPI, cede a la UNIVERSIDAD AUSTRAL, a la UNIVERSIDAD DE LA SABANA y a la UNIVERSIDAD PANAMERICANA los derechos de autor en

forma no exclusiva, confiriendo una licencia gratuita para ejercer por medios impresos y/o digitales los derechos de reproducción, distribución, publicación, comunicación pública, puesta a disposición, transmisión y/o depósito de aquellos en el Repositorio Institucional o en otros sitios de confianza que permitan su preservación digital. La UNIVERSIDAD AUSTRAL, la UNIVERSIDAD DE LA SABANA y la UNIVERSIDAD PANAMERICANA, por medio del Comité Académico, queda también autorizada para realizar las modificaciones formales y técnicas necesarias para el ejercicio de las facultades aquí conferidas, como así también para asignarle a los artículos el destino que les corresponda en la sección que considere adecuada, pudiendo explotar comercialmente las obras enviadas mediante la venta de los ejemplares de forma individual y/o como parte de una compilación. Cada una de estas formas de explotación podrá ser llevada a cabo por la licenciataria mediante cualquiera de las modalidades de explotación conocidas, incluyendo el uso de medios impresos y/o digitales.

DERECHOS MORALES. La presente licencia no transfiere derechos morales, los cuales permanecen en cabeza del AUTOR de conformidad con las normas de derecho de autor.

BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES. El AUTOR declara y reconoce bajo juramento, el cual se entiende prestado por el solo hecho de darse de alta con la creación de su usuario y contraseña que permite ingresar al sistema OJS de la RIPI, ser autor del ARTÍCULO enviado y titular de los derechos de autor que aquí se licencian; que sobre estos derechos no se han contraído compromisos ni gravámenes de ninguna especie a favor de terceros que resulten incompatibles con la cesión o que puedan atentar contra los derechos de la UNIVERSIDAD AUSTRAL, de la UNIVERSIDAD DE LA SABANA y de la UNIVERSIDAD PANAMERICANA; que la obra es original, inédita y fue creada sin infringir derechos de terceros; que las imágenes, citas y/o transcripciones que incorpora se encuentran debidamente referenciadas y fueron autorizadas por su titular o están amparados por una excepción o limitación al derecho de autor; y que no contiene declaraciones difamatorias contra terceros ni contrarias al ordenamiento jurídico. Asimismo, declara, tal como resulta del primer párrafo de este título, que los manuscritos enviados para su publicación en la RIPI no han sido difundidos previamente por ningún medio gráfico o digital, como así también que no han sido cedidos los derechos de autor a cualquier otra institución o persona física y/o jurídica. El autor, en caso de autorizar la publicación de su obra a otras editoriales o medios de divulgación científica o académica posterior a la primera publicación garantizada, se compromete a exigir que se haga constar que ha sido previamente publicada por la RIPI, aclarándose expresamente y por escrito el título, año de publicación, número de volumen, paginación, DOI y demás datos que permitan su identificación.

EXTRATERRITORIALIDAD Y DURACIÓN. La presente licencia se rige por la legislación de la República Argentina y es válida en todo el territorio nacional y en todos los demás países, por el tiempo máximo de protección que la legislación en materia de derechos de autor le confiera a la obra.

Esta revista y sus artículos se publican bajo la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0), la cual permite al usuario descargar, compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, siempre y cuando dé crédito de manera adecuada, brinde un enlace a la licencia e indique si se han realizado cambios. No autoriza el uso del contenido con propósitos comerciales y/o que se pueda remezclar o transformar el material, sin permisos para distribuir el material si fuera modificado.

Directrices para autores/as

Los trabajos deberán ajustarse a las directrices que a continuación se detallan sin excepción. Aquellos que no se ajusten a las recomendaciones editoriales serán devueltos para su adecuación antes de ser considerados por el Consejo de Redacción para su revisión.

Los originales deberán estar concluidos cuando se entreguen para publicar; no se podrán introducir modificaciones que no estén debidamente justificadas y autorizadas por el Consejo de Redacción. Se recomienda a los autores la lectura y revisión crítica del texto, en particular su redacción, sintaxis y ortografía en nombres, siglas y datos bibliográficos.

Instrucciones generales

Se aceptan trabajos en versión electrónica en formato Microsoft Word (no se aceptarán archivos en formato PDF).

Los artículos deben ser originales e inéditos y escritos en español. En ellos deben consignarse: el título del trabajo, de 4 a 8 palabras clave y un resumen de entre 200 y 300 palabras, todo tanto en español, portugués e inglés. Deberán enviarse sin consignar el nombre o la firma del autor o autores, anonimizando el manuscrito de modo tal que se preserve su identidad en todo el proceso de revisión.

Asimismo, deberán adjuntarse en forma separada los datos personales del autor o autores, pertenencia institucional, un breve currículum que no exceda las diez líneas y dirección de correo electrónico.

Los trabajos se recibirán por medio del sistema Open Journal System, al cual se accede a través de este portal. El envío debe contener todos los requisitos que solicita el sistema.

Para asegurar la integridad de las evaluaciones anónimas por pares de los envíos, se hará todo lo posible para impedir que los autores conozcan la identidad de los revisores y viceversa. Para ello, se deben comprobar que se han seguido los siguientes pasos relacionados con el texto y con las propiedades del archivo:

* Los autores del documento han borrado sus nombres del texto y han evitado autor-referenciarse.

* En el caso de los documentos de Microsoft Office, también deberá quitarse la identificación del autor de las propiedades del archivo haciendo clic en las opciones que se indican a continuación. Empezar con Archivo en el menú principal de la aplicación de Microsoft: Archivo > Guardar como > Herramientas (u Opciones en Mac) > Seguridad > Eliminar información personal de las propiedades del archivo al guardar > Guardar.

Artículos

Se publicarán artículos de investigación originales e inéditos relacionados con el área del derecho de la propiedad intelectual e industrial, los cuales deben ofrecer aportes significativos al desarrollo de esta temática, proporcionando criterios de análisis e interpretación del derecho que resulten válidos y útiles para los lectores.

Se aceptarán artículos que traten los siguientes temas:

- Derecho de autor
- Derecho de marcas y patentes
- Transferencia y protección de información confidencial y know-how
- Contratos vinculados a la propiedad industrial e intelectual

Los artículos deberán estar escritos para publicarlos dentro de alguna de las tres secciones de la RIPI:

- a) Doctrina
- b) Jurisprudencia comentada
- c) Legislación comentada

La sección de Doctrina presenta artículos de autores iberoamericanos con un enfoque de la ciencia del derecho. Los artículos se refieren a temas novedosos o, al menos, con un análisis desde una nueva perspectiva.

Extensión: de 20 a 40 páginas, es decir, entre 9000 y 18000 palabras (tomando como referencia 450 palabras por página, aproximadamente).

A modo de orientación, se sugiere que los artículos sigan la siguiente estructura:

- Introducción
- Desarrollo
- Conclusiones
- Bibliografía citada
- Legislación y jurisprudencia citadas
- Anexos y/o apéndices

La sección de Jurisprudencia comentada cuenta con el análisis de especialistas del Derecho de la Propiedad Intelectual, que identifican las sentencias más relevantes de los tribunales nacionales e internacionales.

Extensión: de 4 a 20 páginas, es decir, entre 1800 y 9000 palabras (tomando como referencia 450 palabras por página, aproximadamente).

La sección de Legislación comentada presenta las novedades normativas más relevantes de la región.

Extensión: de 4 a 20 páginas, es decir, entre 1800 y 9000 palabras (tomando como referencia 450 palabras por página, aproximadamente).

Estilo

Los trabajos enviados deberán seguir el estilo de la RIPI, que a continuación se detalla:

* Formato

Tamaño A4 con márgenes de 2,5 cm en cada extremo.

* Tipografía

Título: Times New Roman, negrita, cuerpo 14 puntos, interlineado 1,5. Texto: Times New Roman, cuerpo 12 puntos, interlineado 1,5.

Citas textuales de más de 40 palabras: Times New Roman, cuerpo 10 puntos, interlineado a 1,5.

Notas al pie: Times New Roman, cuerpo 10 puntos, interlineado a 1,5.

Subtítulos (en todas sus jerarquías): Times New Roman, negrita, cuerpo 12 puntos, interlineado a 1,5.

Estilo de numeración: correlativa en números arábigos (no utilizar números romanos).

* Alineación

Todo el texto y los títulos deben estar alineados a la izquierda, sin utilizar sangrías ni tabulaciones. No dejar espacios entre párrafos.

Las citas textuales de más de 40 palabras deben colocarse en párrafo aparte con una sangría de 1,5 para todo el párrafo.

* Se deben respetar los signos diacríticos propios de cada idioma (diéresis, acentos ortográficos, etc.), incluso en las mayúsculas. Las frases no deben comenzarse con abreviaciones ni gerundios.

* Todas las imágenes (fotos, tablas, ilustraciones, gráficos, etc.) deben citarse en el texto, por ejemplo: (Gráfico 1) (Tabla 4).

* Los fragmentos, frases o palabras que se transcriban en idioma extranjero deben ponerse en letra cursiva. Se exceptúan los nombres geográficos, los nombres de entidades, organismos, instituciones, corporaciones, etc.; los nombres de acuerdos, pactos o tratados, etcétera.

* Las llamadas de las notas al pie se indican en números arábigos consecutivos en superíndice y, cuando corresponda, luego de los signos de puntuación, por ejemplo: ³

* En el cuerpo del trabajo no deben emplearse ni subrayados ni negritas. En caso de que sea necesario enfatizar una palabra, se hará entre comillas dobles.

* Abreviaciones

Se deja un espacio después de todo signo de puntuación: A. L. Jiménez y no A.L. Jiménez.

Los acrónimos deben escribirse totalmente con mayúsculas y sin puntuación, por ejemplo: UBA (por Universidad de Buenos Aires).

* Tablas, cuadros y gráficos

Pueden ser realizados con Excel o Power Point, según sea necesario, y ser pegados en el archivo Word como imagen. Además, deberá enviarse el archivo original donde se realizaron para poder corregirlos, si fuera necesario.

* Ilustraciones, mapas, fotografías, dibujos

Deberán ser pegados en el archivo Word y además enviados por separado en alguno de los siguientes formatos: JPG, TIF, PNG, AI, PS en alta resolución.

Citas y bibliografía

Para las citas y las referencias bibliográficas, la RJA sigue el estilo de las normas APA (American Psychological Association) 7a edición. Se recomienda seguir los siguientes ejemplos:

Citas

Las referencias a autores deben estar insertas en el texto y no en nota al pie: (Bianchi, 2005).

Si la cita tiene dos autores, se colocan los dos apellidos: (Marcus y Perry, 1985).

Si la cita tiene tres o más autores, se coloca el primer apellido y “et al.”: (Álvarez et al., 2015).

Si la cita es textual y tiene menos de 40 palabras, se coloca entre comillas sin cursiva:

Las opiniones consultivas cumplen, pues, una función trascendente en el desarrollo de los principios de derecho internacional de los derechos humanos, ya que, como señala Buergenthal (1985), “parecen prestarse más fácilmente que los casos contenciosos a la articulación de principios legales generales” (p. 18).

Si tiene más de 40 palabras, se coloca en párrafo aparte con una sangría de 1,5, sin comillas ni cursiva:

Luego de arrogarse la atribución de no aplicar las leyes anticonstitucionales, la Corte Suprema la ejerció con tanta moderación que transcurrió más de medio siglo sin que otra ley del Congreso fuera rechazada por el tribunal. Ello aconteció en 1857, en otro caso famoso, el de *Dred Scott v. Sanford*. (Bidegain, 1994, p. 127)

Las citas textuales en idioma extranjero se pondrán entre comillas y sin cursiva.

Se recomienda a los autores evitar la autorreferencialidad, es decir, citarse a sí mismo en el cuerpo del texto.

Bibliografía

Se ordena en orden alfabético de autores y en orden cronológico cuando se citen varios trabajos del mismo autor. Si hubiera trabajos del mismo autor con la misma fecha, se identificarán agregando una letra minúscula, por ejemplo: 2006a, 2006b.

Se recomienda seguir el siguiente estilo:

- * Libro impreso
Apellido, N. (año). *Título del trabajo*. Editorial.
- * Libro en línea
Apellido, N. y Apellido, N. (año). *Título del libro*. Editorial. <https://doi.org>.
Apellido, N. y Apellido, N. (año). *Título del libro*. Editorial. <https://www.url.com>.
- * Libro con editor, coordinador, director
Apellido, N. (Ed.) (año). *Título del libro*. Editorial.
Apellido, N. y Apellido, N. (Coords.) (año). *Título del libro*. Editorial.
- * Capítulo de libro
Apellido, N. (año). Título del capítulo o entrada. En Apellido, N. (Ed.), *Título del libro* (pp. inicio-fin del capítulo). Editorial.
Apellido, N. (año). Título del capítulo o entrada. En Apellido, N. (Ed.), *Título del libro* (xx ed., Vol. xx, pp. inicio-fin del capítulo). Editorial.
- * Artículo en revista
Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista, volumen*(número), número de las páginas xx-xx.
Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista, volumen*(número), número de las páginas xx-xx. <https://doi.org>.
Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista, volumen*(número), número de las páginas xx-xx. <https://www.url.com>.
- * Artículo en periódico
Apellido, N. (día, mes, año). Título del artículo. *Nombre del periódico*, número de página.
Apellido, N. (día, mes, año). Título del artículo. *Nombre del periódico*. <https://www.url.com>.
- * Artículo en periódico sin identificación del autor
Título del artículo. (día, mes, año). Nombre del periódico, número de página.
Título del artículo. (día, mes, año). Nombre del periódico. <https://www.url.com>.
- * Diccionarios o enciclopedias
Apellido Autor o Editor, N. (Ed., cuando es editor). (Año). *Nombre del diccionario o enciclopedia* (xx ed., Vol. xx). Editorial.
- * Tesis y doctorados
Apellido, N. (año). *Título de la tesis* (Tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución, Ciudad.
Apellido, N. (año). *Título de la tesis* (Tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución, Ciudad. <https://www.url.com>.
- * Referencia a páginas webs
Apellido, N. (año). *Nombre de la página*. <https://www.url.com>.
Apellido, N. (s.f.). *Título del artículo*. Nombre de la página. <https://www.url.com>.
Nombre de la página o institución. (s.f.). *Título del artículo*. <https://www.url.com>.
- * Ponencias y conferencias
Apellido, N. (año). *Título de la ponencia o conferencia*. Nombre de las jornadas o simposio donde se presentó. Ciudad, País, fecha.
- * Informes de instituciones
Nombre completo de la institución. (año). *Título del informe*. Editorial.
Nombre completo de la institución. (año). *Título del informe*. <https://www.url.com>.

Citas de legislación y jurisprudencia

Las referencias a la legislación y jurisprudencia citadas se colocarán en nota al pie (cuando sean citadas en el texto) o luego de la bibliografía, de acuerdo a la siguiente clasificación:

Legislación

- * Normas internacionales (pactos, convenios, declaraciones)
- * Normativa comunitaria
- * Leyes ratificatorias de tratados internacionales
- * Constituciones
- * Códigos
- * Leyes
- * Decretos
- * Resoluciones
- * Disposiciones

Estilo a seguir:

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de la Nación Argentina, artículo 75, inciso 2 (o 75.2.).

Leyes

Ley 11723.

Ley 11723 de Propiedad Intelectual, BO 30/09/1933.

Ley 11723 de Propiedad Intelectual, BO 30/09/1933, artículo 5.

Decretos

Decreto 245/2002.

Decreto 245/2002, BO 28/11/2002, artículo 5.

Resoluciones

Resolución 2030/2015.

Resolución 2030/2015, BO 12/06/2015, artículo 1.

Disposiciones

Disposición 306/2015.

Disposición 306/2015, BO 28/05/2015.

Jurisprudencia

- * Corte Suprema (nacional, federal, provincial, internacional)
- * Tribunales internacionales
- * Tribunales del sistema interamericano

Estilo a seguir:

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández Arias c/Poggio*, 19/09/1960, Fallos 247:646.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, *Vasena Marengo, José Francisco y otra c/Rodríguez, Jorge Mario y otra*, 28/09/2004.

Cámara Federal de Casación Penal: *Di Plácido, Jorge Alberto*, 22/5/2014, [FBB/7963/2013/CF1, Registro 864/14].

Suprema Corte de los Estados Unidos, *Wood v. Milyard*, 566 U.S. 463 (2012).

Suprema Corte de Carolina del Norte, *Bayard v. Singleton*, 1 N.C. 5 (1787).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 83/2016, 28 de abril. [España].

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/09/2006, Serie C, N° 154. Fallos: 329:2316.