

El privilegio del agricultor en Colombia y la Comunidad Andina. Un análisis de la interpretación prejudicial 384-IP-2019 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

*The farmer's privilege in Colombia
and the Andean Community: Court of Justice of the Andean
Community. An analysis of prejudicial interpretation 384-IP-2019
of the Court of Justice of the Andean Community*

Javier Felipe Gómez Orlando
Investigador
Universidad Externado de Colombia

RESUMEN: El artículo analiza el privilegio del agricultor en el contexto colombiano y de la Decisión Andina 345 de 1993, contrastándolo con el Convenio de la UPOV en sus actas de 1978 y 1991. Se argumenta que el privilegio del agricultor, entendido como una excepción al derecho del obtentor, no se encuentra reconocido en el Acta de 1978. No obstante, algunos autores consideran que se encuentra implícito. Dicho privilegio concede a los agricultores la facultad de ejercer un uso propio de una variedad protegida cuando cumpla con determinados requisitos. El escrito profundiza en los desafíos conceptuales y normativos de esta excepción, abordando su impacto en la garantía y alcance del derecho de obtentor, para finalizar con un análisis de la interpretación prejudicial 384-IP-2019, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Por último, se propone fomentar el diálogo entre actores clave para lograr un equilibrio entre los intereses de agricultores y obtentores, especialmente de cara a una posible adhesión al Acta de 1991.

Palabras clave: privilegio del agricultor; UPOV; derecho de obtentor de variedades vegetales; Decisión Andina 345 de 1993; agotamiento del derecho del obtentor; interpretación prejudicial 384-IP-2019 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

ABSTRACT: The article analyzes the farmer's privilege in the colombian context and the Andean Decision 345 of 1993, contrasting it with the 1978 and 1991 Acts of the UPOV Convention. It is argued that the farmer's privilege, understood as an exception to the breeder's right, is not recognized in the 1978 Act. However, some authors consider that it is implicitly recognized. This exception grants farmers the right to exercise their own use of a protected variety when it meets certain requirements. The paper delves into the conceptual and normative challenges of this exception, addressing its impact on the guarantee and scope of the breeder's right, and ends with an analysis of the prejudicial interpretation 384-IP-2019 of the Court of Justice of the Andean Community. Lastly, it is proposed to encourage dialogue between key actors to achieve a balance between the interests of farmers and breeders, especially in view of a possible accession to the 1991 Act.

Keywords: farmer's privilege; UPOV; plant breeder's right; Andean Decision 345 of 1993; exhaustion of the breeder's right; prejudicial interpretation 384-IP-2019 of the Court of Justice of the Andean Community.

SUMARIO: I. EL PRIVILEGIO DEL AGRICULTOR EN COLOMBIA Y EL ACTA DE UPOV DE 1978. II. EL PRIVILEGIO DEL AGRICULTOR EN LA DECISIÓN ANDINA 345 DE 1993. III. EL PRIVILEGIO DEL AGRICULTOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA: INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL 384-IP-2019 DEL 6 DE NOVIEMBRE DE 2023. IV. CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL PRIVILEGIO DEL AGRICULTOR EN COLOMBIA Y EL ACTA DE UPOV DE 1978

El 13 de septiembre de 1996 el Estado colombiano se adhirió al Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales¹ (Convenio de la UPOV) de 2 de diciembre de 1961 revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978². Entre el año 2011 y 2012 se intentó adherir al Acta de la UPOV de 1991³, pero la Corte Constitucional, en sentencia (STS) C-1051 de 2012⁴, declaró inexecutable la ley que ratificaba el consentimiento de adhesión al Instrumento, por lo cual, Colombia solo es parte del Acta de la UPOV de 1978.

¹ <https://upovlex.upov.int/en/notifications/details/53> (consultada el 6 de diciembre de 2024), UPOV notification No. 53, International Convention for the Protection of New Varieties of Plants, Accession by the Republic of Colombia.

² Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales/1978, de 2 de diciembre de 1961 revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978.

³ Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales/1991, de 2 de diciembre de 1961 revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991.

⁴ Corte Constitucional de Colombia, STS de 5 de diciembre de 2012 (RTC 2012, 1051).

El Acta de la UPOV de 1991 incluyó múltiples novedades, siendo una de ellas la excepción facultativa al derecho del obtentor⁵ conocida como privilegio del agricultor. Sin embargo, gran parte de la doctrina ha entendido que ya se encontraba implícito en el Acta de la UPOV de 1978⁶. Afirman que en dicha Acta los derechos reconocidos al obtentor se limitan únicamente al uso comercial del material de reproducción por lo que tácitamente se estaría permitiendo que el agricultor pueda guardar el material y volver a plantar semillas protegidas⁷ para intercambiarlas con otros agricultores⁸, venderlas en el mercado local⁹ o vender el producto de su cosecha¹⁰.

Ejemplo de lo anterior es lo dicho por uno de los autores colombianos que sostiene que “afirmar que UPOV de 1978 no decía nada sobre el privilegio del agricultor es una verdad a medias. (...) La versión de 1978 tiene una concepción muy clara del objeto de protección y circunscribe los derechos del obtentor a ese preciso objeto: “material de reproducción o multiplicación vegetativa”. No vulnera el ancestral derecho de paisanaje y por tanto, no precisa de la excepción en favor del agricultor que en la versión de 1991 es un simple saludo a la bandera, una falacia que menciona para restringirlo, minimizarlo al extremo de hacerlo inaplicable”¹¹.

Además, el autor confunde el privilegio del agricultor con el agotamiento del derecho al considerar que “el derecho del obtentor recae sobre el material de reproducción, como tal su “producción con fines comerciales”, nótese bien, “la puesta a la venta y comercialización”, sin calificarla como si lo hace la versión UPOV de 1991, siguiendo el principio del agotamiento del derecho consagrado en el ADPIC (...). En la versión UPOV de 1991 se establece un absurdo mono-

⁵ Artículo 15, numeral 2 del Acta de la UPOV de 1991.

⁶ Artículo 5 del Acta de la UPOV de 1978.

⁷ Cfr. ARCUDIA HERNÁNDEZ, C. y MAGAÑA RUFINO, J.: “El régimen jurídico y la concesión de los títulos de obtentor en México”, *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, n.º. 16, 2022, p. 39; CASELLA, A.: “La propuesta alternativa del proyecto de “Ley de Semillas y Obtenciones Vegetales” de Federación Agraria Argentina”, *Revista Interdisciplinaria de Estudios Agrarios*, n.º. 45, 2016, p. 62.

⁸ Cfr. PRIFTI, V.: “An Answer to the Plant Variety Controversy in Chile”, *The Journal of World Intellectual Property*, vol. 19, n.º. 5-6, 2016, p. 180-181.

⁹ Cfr. URIBE ARBELÁEZ, M., *Propiedad intelectual sobre semillas: UPOV – Derechos de los agricultores*, Universidad Nacional de Colombia, 2017, p. 119.

¹⁰ Cfr. URIBE ARBELÁEZ, M., *Propiedad intelectual sobre semillas: UPOV – Derechos de los agricultores*, cit., p. 123; NETNOU-NKOANA, N., JAFTHA, J., DIBILOANE, M. y ELOFF, J.: “Understanding of the farmers’ privilege concept by smallholder farmers in South Africa”, *South African Journal of Science*, vol. 111, n.º. 1/2, 2015, p. 1; MONCAYO VON HASE, A., “Capítulo III. La flexibilidad del ADPIC y su eventual erosión en las negociaciones bilaterales, multilaterales y regionales”, en MARTÍNEZ PIVA (coord.): *Generación y protección del conocimiento: propiedad intelectual, innovación y desarrollo económico*. Naciones Unidas-Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2008, p.111.

¹¹ URIBE ARBELÁEZ, M., *Propiedad intelectual sobre semillas: UPOV – Derechos de los agricultores*, cit., p. 120.

polio de importación que elimina de un tajo el principio de agotamiento del derecho (...), para equipararlo con el pago de regalías, o sea que el derecho del obtentor solo se agota con el pago del royalty”¹².

Su confusión se deriva de pensar que lo que protege el derecho del obtentor es aquel material de reproducción que el obtentor vende por primera vez. Al parecer, olvida que lo que protege la propiedad intelectual es aquel intangible producto del intelecto humano, no el objeto material *per se*. Por tal razón, piensa que el agotamiento del derecho se produce con aquella primera venta y, por lo mismo, considera que guardar, sembrar y disponer del material de reproducción es un privilegio del agricultor. Lo cierto es que el derecho del obtentor protege la información genética intangible que se expresa en la variedad vegetal”¹³, por lo que no desaparece ante la venta de la primera semilla o material de reproducción, sino que se podrá ejercer en cada producto obtenido por la explotación de su variedad.

Incluso, se ha llegado a afirmar que el privilegio del agricultor se encontraba reconocido desde el Acta de la UPOV de 1961:

“En las versiones del CUPOV de 1961, 1972 y 1978, se permitía a los agricultores sembrar el producto de la cosecha sin pagar regalías al titular del derecho de la obtención. Este privilegio se basaba en una de las principales prácticas de los agricultores y que se estimó debía ser reconocida por los derechos de obtención vegetal. A saber: permitir que los agricultores pudieran sembrar 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)”¹⁴.

En contraposición, surgieron posturas tendientes a defender que el privilegio del agricultor no está contemplado en el Acta de la UPOV de 1978; sostienen que su implementación normativa dentro del ordenamiento jurídico nacional sería inaplicable, incluso si una norma interna o comunitaria la establece. Un claro ejemplo de ello es “la excepción contenida en el artículo 26 de la Decisión 345 de 1993 [la cual] tuvo aplicación (...) hasta que Colombia adhirió al Convenio UPOV de 1978, pues en esta versión el privilegio del agricultor no fue consagra-

¹² URIBE ARBELÁEZ, M., Propiedad intelectual sobre semillas: UPOV – Derechos de los agricultores, cit., p. 120.

¹³ RAPELA, M., “Capítulo 6. Excepción del agricultor: exégesis de los sistemas de observancia de los derechos de propiedad intelectual en variedades vegetales y biotecnología”, en RAPELA (dir.): *Propiedad intelectual en mejoramiento vegetal y biotecnología*, vol. I. Universidad Astral Ediciones, 2022, p. 266.

¹⁴ ARCUDIA HERNÁNDEZ, C.: “El Privilegio del Agricultor: Análisis de la Legislación Europea y su Aplicación al Caso Mexicano”, *Revista Propiedad Intelectual*, vol. XIII, n.º. 17, 2014, p. 89.

do¹⁵ y, por lo tanto, bajo la vigencia de UPOV de 1978 esta excepción no tiene aplicación en nuestro país¹⁶.

La única forma para que un Estado como Colombia, adherido al Acta de la UPOV de 1978, pueda reconocer e incorporar el privilegio del agricultor en su ordenamiento es adherirse al Convenio de la UPOV de 1991¹⁷, o que el agricultor consiga una previa autorización por parte del obtentor que le faculte, cuando menos, a realizar reserva y uso propio de la semilla protegida¹⁸.

II. EL PRIVILEGIO DEL AGRICULTOR EN LA DECISIÓN ANDINA 345 DE 1993

El 21 de octubre de 1993 la Comisión del Acuerdo de Cartagena aprobó el que sería el sistema de protección de variedades vegetales mediante la Decisión Andina 345¹⁹, que tuvo como objeto: i). El reconocimiento y garantía de los derechos del obtentor; ii). Fomentar la investigación en el área andina y; iii). Fomentar las actividades de transferencia de tecnología al interior de la Subregión y fuera de ella²⁰.

Se dice que la Decisión se inspiró en el Acta de la UPOV de 1991 y, si bien plasmó muchos aspectos contenidos en el Acta, desatendió: su objeto, finalidad y contexto. Fiel muestra de este supuesto es el artículo 26 de la Decisión 345:

“No lesiona el derecho de obtentor quien reserve y siembre para su propio uso, o venda como materia prima o alimento el producto obtenido del cultivo de la variedad protegida. Se exceptúa de este artículo la utilización comercial del material de multiplicación, reproducción o propagación, incluyendo plantas enteras y sus partes, de las especies frutícolas, ornamentales y forestales”²¹.

El texto transcrito plasma el privilegio del agricultor de una forma muy distinta a la que está contemplada en el Acta de 1991, porque permite que el agricultor disponga de forma ilimitada y sin autorización del material de reproducción y del producto de la cosecha.

¹⁵ Entiéndase la palabra “consagrado” como incorporado, establecido o plasmado.

¹⁶ ROBLEDO DEL CASTILLO, P. (dir.), *Los derechos del obtentor de variedades vegetales en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 191.

¹⁷ ROBLEDO DEL CASTILLO, P. (dir.), *Los derechos del obtentor de variedades vegetales en Colombia*, cit., p. 190-194.

¹⁸ RAPELA, M., “Capítulo 4. Excepción del agricultor: origen y desarrollo”, en RAPELA (dir.): *Propiedad intelectual en mejoramiento vegetal y biotecnología*, cit., p. 164.

¹⁹ Decisión Andina 345/1993, de 21 de octubre.

²⁰ Artículo 1, Capítulo I de la Decisión Andina 345 de 1993.

²¹ Artículo 26, Capítulo V de la Decisión Andina 345 de 1993.

Tal disposición ha contado con múltiples defensores, quienes afirman su favorabilidad en la medida en que preserva el derecho de paisanaje, el cual consiste en “guardar semillas para resembrarlas e intercambiarlas a título gratuito u oneroso, y por supuesto vender “como materia prima o alimento” la cosecha. Este fin elemental, natural y obvio que persigue todo agricultor, de vender el producto de la cosecha bien sea para su posterior transformación o en la forma más simple, obvia y sencilla, como alimento”²².

A continuación, se expondrá por qué los mencionados argumentos carecen de razón al defender esta cuestionable norma:

El Acta de la UPOV de 1978 no contempla de manera expresa ni tácita la excepción de privilegio del agricultor. Por tal razón, su incorporación en la Decisión 345 de 1993 contraría el Acta mencionada, la cual es de mayor jerarquía y debería dejar inaplicable la excepción hasta que no haya una adhesión al Acta de la UPOV de 1991.

Ahora bien, la figura del privilegio del agricultor no es un derecho consuetudinario, esto porque el contexto socioeconómico en el que se realizaba la práctica ancestral de selección y conservación de semillas ya no existe. Si bien, la práctica aún persiste, ha ido perdiendo protagonismo porque en el contexto actual la tecnificación y profesionalización del mejoramiento vegetal ha cumplido la labor de una manera más eficiente y sostenible para el mercado.

“Ya no es el agricultor el que asume la tarea de mejorar el material de cultivo, sino que lo adquiere de aquellos que asumen profesionalmente esta actividad (...) Las variedades vegetales, en la actualidad, son el fruto de una actividad profesional desplegada por un tercero. Luego no se puede pretender afirmar que la reserva practicada hoy sea una verdadera costumbre, ya que difiere en su elemento material con respecto a la costumbre anterior”²³.

Lo anterior no significa que el agricultor haya perdido su labor ni mucho menos su valor, sino que se han generado nuevas dinámicas sociales, como lo es la fitogenética, rama especializada independiente de la agricultura. Teniendo en cuenta esto, realizaremos una correcta interpretación del Acta de la UPOV de 1978.

En primer lugar, para interpretar un instrumento internacional es obligatorio acudir a las reglas de interpretación que allí se formularon. Sin embargo, el Acta de la UPOV de 1978 no contiene reglas específicas de interpretación; por lo tan-

²² URIBE ARBELÁEZ, M., Propiedad intelectual sobre semillas: UPOV – Derechos de los agricultores, cit., p 123.

²³ SÁNCHEZ HERRERO, A. y RAPELA, M., “Capítulo 5. Excepción del agricultor: análisis dogmático”, en RAPELA (dir.): Propiedad intelectual en mejoramiento vegetal y biotecnología, cit., p. 182-183.

to, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁴ es el mecanismo supletivo para complementar y guiar la interpretación.

El Acta se deberá interpretar de forma integral, revisando su contenido, contexto, objeto y finalidad. El contenido en materia de límites al derecho del obtentor no hace alusión al derecho de paisanaje, al intercambio de semillas o al uso no autorizado de las mismas o del producto de la cosecha para enajenarlas a cualquier título.

Sobre el contexto, basta con rescatar lo escrito en párrafos anteriores, entendiendo que este se ha modificado; el agricultor ha dejado de ser el encargado del fitomejoramiento, práctica que se ha profesionalizado e independizado de la agricultura tradicional, lo que ha generado que la cultura ancestral se escinda de esta nueva especialidad.

En relación con el objeto y finalidad, parece ser que fueron abandonados en el ejercicio hermenéutico que hicieron los simpatizantes del artículo 26 toda vez que el objeto del Acta de la UPOV de 1978, según su artículo 1, es reconocer y garantizar un derecho al obtentor de una variedad vegetal. Además, el Acta invita a los Estados miembros a conceder un derecho más amplio del que se define en el artículo 5, pero en ningún momento reivindica algún derecho ancestral o algún otro derecho que no sean los del obtentor. Es más, el Acta deja en evidencia las limitaciones del derecho del obtentor, en las que no se encuentra el privilegio del agricultor.

El privilegio del agricultor no es un derecho sino una excepción o limitación al derecho del obtentor; debido a su naturaleza restrictiva no se puede interpretar, incorporar y mucho menos ampliar como se hizo en la Decisión 345 de 1993. Si bien no hay otro remedio que convivir con el cuestionable artículo 26 de la Decisión, el Estado colombiano puede garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Convenio de la UPOV de 1978, reestructurando y moldeando la aplicación de esta excepción del agricultor.

Por fortuna, así ha ocurrido en Colombia. Las labores del Instituto Colombiano Agropecuario han tendido a regular la excepción del privilegio del agricultor mediante la expedición de resoluciones, garantizando los derechos de los obtentores de variedades vegetales. De esta manera, se ha podido responder de manera adecuada a esta problemática en el ámbito nacional. Sin embargo, aún persiste la dificultad en el marco Andino, especialmente con la última interpretación prejudicial que profirió el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, donde interpretó el artículo 26 de la Decisión 345 de 1993 en la interpretación prejudicial 384-IP-2019²⁵, la cual se analiza a continuación.

²⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados/1969, de 23 de mayo.

²⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial de 6 de noviembre de 2023 (RJ 2023, 384-IP-2019).

III. EL PRIVILEGIO DEL AGRICULTOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA: INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL 384-IP-2019 DEL 6 DE NOVIEMBRE DE 2023

La sección primera de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado de Colombia solicitó la interpretación prejudicial²⁶ para determinar si el artículo 26 de la decisión 345 de 1993 es vulnerado por el artículo 15 de la resolución 970 del ICA de 10 de marzo de 2010²⁷.

Para este propósito, el Tribunal procedió a interpretar la norma solicitada y otras de oficio, a saber: i). Artículo 17 de la Decisión Andina 345²⁸: protección provisional; ii). Artículo 23 y 24²⁹ de la Decisión Andina 345: derechos del obtentor; iii). Artículo 26 de la decisión 345: privilegio del agricultor; iv). Artículo 28 de la Decisión Andina 345: principio de complemento indispensable³⁰.

Se establecieron tres temas para interpretar, siendo el tercero el objeto de nuestro análisis. En este se analizó la limitación a los derechos de obtentor de variedades vegetales, en específico, el privilegio del agricultor.

El Tribunal interpretó el artículo 26 de la Decisión 345 de 1993, segmentándolo en dos partes. La primera:

“El privilegio del agricultor contenido en la primera oración del artículo 26 de la Decisión 345, autoriza al agricultor a guardar, almacenar o preservar el producto obtenido del cultivo de una variedad protegida para ser sembrado nuevamente por el propio uso del agricultor o para ser vendido como materia prima o alimento”³¹.

Sobre la segunda oración dice que “consagra una salvedad a la excepción, la cual está relacionada con la utilización comercial del material de multiplicación, reproducción o propagación, incluyendo plantas enteras y sus partes, de las especies frutícolas, ornamentales y forestales”³². Con esto, concluye que la primera oración contempla la excepción de privilegio del agricultor y la segunda oración es una salvedad a la excepción.

Posteriormente, el Tribunal ejemplifica el privilegio del agricultor de la siguiente forma:

²⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial de 6 de noviembre de 2023 (RJ 2023, 384-IP-2019), p. 2.

²⁷ Artículo 15 de la resolución 970/2010, de 10 marzo.

²⁸ Artículo 17, Capítulo IV de la Decisión Andina 345 de 1993.

²⁹ Artículos 23 y 24, Capítulo V de la Decisión Andina 345 de 1993.

³⁰ Artículo 28, Capítulo V de la Decisión Andina 345 de 1993.

³¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial de 6 de noviembre de 2023 (RJ 2023, 384-IP-2019), p. 13.

³² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial de 6 de noviembre de 2023 (RJ 2023, 384-IP-2019), p. 13.

“Para profundizar este tema, se debe considerar que cuando el obtentor celebra un contrato con el agricultor, el objeto del contrato es autorizar, en contraprestación al pago de una regalía, la utilización comercial del material de multiplicación, reproducción o propagación de la variedad protegida por el certificado de obtentor. Así, por ejemplo, el obtentor le vende al agricultor esquejes de plantas ornamentales (flores). El agricultor va a cultivar estos esquejes y, cuando las plantas hayan crecido, va a vender las flores que ellos produzcan. Se puede pagar regalías por la cantidad de esquejes adquiridos o por el número de flores vendidas. Todo depende de lo pactado entre el obtentor y el agricultor”³³.

Según el Colegiado, con base en el ejemplo, el agricultor podría realizar las siguientes acciones que son independientes al contrato:

“a) Puede reservar y sembrar esquejes para su propio uso.

Como parte de la siembra puede estropearse, la reserva de esquejes le permitirá evitar pérdidas. La reserva de esquejes en este caso sirve, no para tener ganancias adicionales, sino para compensar las pérdidas sufridas durante la siembra.

También es uso propio el hecho de que le agricultor siembre esquejes aparte para utilizar las flores para su uso personal, como sería el caso de adornar su casa con las flores, o simplemente para tener un jardín privado”³⁴.

El primer párrafo que narra el “propio uso” como forma para evitar pérdidas resulta desafortunado, porque no se estaría tratando de un ejercicio del privilegio del agricultor; si se quiere, podría tratarse de un acto realizado en un marco privado con fin no comercial, por ejemplo, si lo utiliza para su subsistencia.

El segundo párrafo tampoco se enmarcaría en el privilegio del agricultor ni en ninguna otra limitación al derecho del obtentor; por lo contrario, al tratarse un acto realizado con el esqueje de planta ornamental de un material de reproducción que fue vendido por el obtentor, este no podría tener ningún derecho sobre dicho material ni producto, toda vez que ejerció razonablemente su derecho con la primera venta y por lo tanto lo ve agotado. Además, se presentan dos inconvenientes:

- i) No se trata de un supuesto de privilegio del agricultor sino de un uso en un marco privado con fines no comerciales, ya que las flores se están utilizando para adornar la casa, lo cual se da en un marco privado y sin fin comercial.
- ii) En todo caso, no se podría enmarcar en el privilegio del agricultor a los términos del artículo 26, toda vez que la variedad tomada como ejemplo es ornamental y está exceptuada del privilegio.

³³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial de 6 de noviembre de 2023 (RJ 2023, 384-IP-2019), p. 13.

³⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial de 6 de noviembre de 2023 (RJ 2023, 384-IP-2019), p. 14.

“b) Puede vender las flores como materia prima. Por ejemplo, a una empresa que prepara perfumes”³⁵.

Esta conclusión puede ser el resultado de que el Tribunal haya interpretado que la venta de especies ornamentales como materia prima no afecte el derecho del obtentor, en la medida en que estas especies solo necesitan autorización del obtentor cuando se usen comercialmente como material de multiplicación, reproducción o propagación. Sin embargo, la interpretación del Tribunal no es afortunada por las siguientes razones:

- i) Nuevamente se repite que privilegio del agricultor no se puede ejercer en variedades ornamentales.
- ii) Si se trata de las flores obtenidas del cultivo de los esquejes que el obtentor le vendió al agricultor, se habría agotado el derecho de dicho obtentor sobre los respectivos esquejes y flores, puesto que ya con la venta habría ejercido su derecho sobre el bien. Sin embargo, si se refiere a la venta de flores producto del uso propio que realizó el agricultor sobre el material reproductivo que conservó en sus cosechas, los derechos del obtentor no se agotarían y se podrían extender hasta los actos relativos como, en este caso, la venta de las flores a una empresa que prepara perfumes.

Se trata de un agotamiento del derecho, que nada tiene que ver con la excepción de privilegio del agricultor.

“c) Puede vender las flores como alimento. Por ejemplo, a un restaurante que usa las flores en la gastronomía o preparación de licores, o a una empresa que utiliza las flores para alimentar animales de crianza”³⁶.

Este último inciso sigue la suerte del a) y b). Después de todo, si la flor que se está vendiendo en el ejemplo descrito es producto de la cosecha del material que el agricultor le compró al obtentor, no representaría una afección a sus derechos puesto que ya los habría ejercido en la venta; de la misma forma no lo representaría si el agricultor quiere vender las flores a una floristería o quisiese empezar su propio negocio de venta de flores; después de todo, está habilitado para hacerlo porque el derecho del obtentor se agotó desde el momento en que vendió los esquejes de plantas ornamentales al agricultor. Diferente sería si ocurre un acto como los descritos en el artículo 27³⁷ de la Decisión 345; en estas situaciones, el obtentor no habría agotado su derecho, sino que podría ejercerlo frente al “propio uso” que el agricultor haga de su cosecha.

³⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial de 6 de noviembre de 2023 (RJ 2023, 384-IP-2019), p. 14.

³⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial de 6 de noviembre de 2023 (RJ 2023, 384-IP-2019), p. 14.

³⁷ Artículo 27, Capítulo V de la Decisión Andina 345 de 1993.

Expuestos los ejemplos, el Tribunal afirma que “los tres supuestos mencionados tienen en común que son actividades que no lesionan los derechos del obtentor, pues son actividades ajenas a la venta de las flores como plantas ornamentales, son actividades ajenas al objeto del contrato entre obtentor y agricultor”³⁸.

Se reitera que nada tiene que ver el privilegio del agricultor con los ejemplos expuestos, evidentemente son actividades que no lesionan los derechos del obtentor. Que las actividades sean ajenas a la venta de las flores como plantas ornamentales no es la razón por la cual no se lesionan los derechos del obtentor, sino porque el mismo los agotó cuando ejerció razonablemente su derecho con la venta de los esquejes.

Continúa aseverando que “si en lugar de plantas ornamentales, hablamos de árboles frutícolas, es claro que el uso propio incluye el consumo personal. El agricultor (y su familia) tiene derecho a consumir los frutos de las variedades protegidas por el derecho de obtentor”³⁹.

En el enunciado anterior el Tribunal se refiere a la agricultura de subsistencia, la cual se encuentra dentro de la limitación al derecho del obtentor por el uso que se haga con una variedad protegida en un marco privado con fines no comerciales, nada tiene que ver con el privilegio del agricultor. Dicha excepción, prevista en el artículo 25 de la Decisión 345 de 1993⁴⁰, permite que el agricultor pueda conservar el material de reproducción obtenido de la cosecha de una variedad comprada al obtentor o tercero autorizado por este, para sembrarlo y utilizar el producto de esta segunda cosecha para el alimento o disfrute de sí mismo, su familia o dependientes que vivan en la misma explotación.

El “uso propio” que menciona el Tribunal no tiene que ver con la limitación del uso de una variedad protegida en el ámbito privado con fines no comerciales, sino que es un término utilizado para hacer referencia al privilegio del agricultor toda vez que el “uso propio” tiene lugar cuando el agricultor reserva parte de su cosecha para utilizarla como material de reproducción en una próxima siembra, siendo el propio agricultor quien realice el acto en su propia explotación y con su propio material de reproducción comprado al obtentor.

Luego, el Tribunal vuelve a analizar la segunda parte del artículo 26 de la Decisión a la luz del ejemplo planteado:

“La segunda parte del artículo 26 (la salvedad a la excepción), en cambio, tiene que ver con el objeto del contrato entre el obtentor y el agricultor. Este solo puede revender los esquejes, o vender las flores como plantas ornamentales, con el consentimiento del obtentor, lo que implica el pago de las regalías

³⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial de 6 de noviembre de 2023 (RJ 2023, 384-IP-2019), p. 14.

³⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial de 6 de noviembre de 2023 (RJ 2023, 384-IP-2019), p. 14.

⁴⁰ Artículo 25, Capítulo V de la Decisión Andina 345 de 1993.

correspondientes. Además, esta segunda parte solo se aplica respecto de las variedades frutícolas, ornamentales y forestales”⁴¹.

Esta reflexión carece de razón en la medida en que el agricultor no necesita contar con la autorización o consentimiento del obtentor, ni mucho menos realizar el pago de regalías para comercializar los esquejes o las flores como plantas ornamentales. Esto, porque el agricultor le compró al obtentor los esquejes de plantas ornamentales, agotando así el derecho del obtentor. Como ya se mencionó, puede disponer del esqueje o del producto de la cosecha, siempre que no se enmarque en un acto contemplado en el artículo 27 de la Decisión 345 de 1993.

Considerar que contractualmente el obtentor tenga la facultad de limitar la libre disposición que pueda ejercer el agricultor sobre los esquejes del ejemplo, puede llegar a interpretarse como una cláusula abusiva.

Finalmente, el colegiado presenta a manera de conclusión lo que entiende como función y objeto del derecho sobre las obtenciones vegetales de la siguiente manera:

“El derecho de las obtenciones vegetales es una rama de la propiedad intelectual ajustada a las características del objeto sobre el cual recae la protección (variedades vivas que, generalmente, pueden reproducirse). Así, lo que verdaderamente se protege es el derecho de creación intelectual, más no la semilla, esqueje o planta (que es el objeto material sobre el cual recae la protección). Por eso, lo que se busca evitar es que, por medio de la disposición del objeto material, se termine afectando las capacidades del titular del certificado de obtentor de beneficiarse de sus derechos intelectuales”⁴².

Es correcto que el objeto de protección es la creación intelectual; sin embargo, este objeto no refiere a variedades vivas que generalmente puedan reproducirse, sino a la información genética que se expresa en la variedad. Si bien se concuerda con que busca evitar la disposición del objeto material para que no afecte los derechos del obtentor, lo preciso sería mencionar que no es una protección sobre todo el material en sentido amplio⁴³, sino que es una protección razonada y secuencial, en la que primero se habilitan los derechos del obtentor hacia el material de reproducción o de multiplicación de la variedad protegida. Una vez el obtentor no pueda ejercer razonablemente su derecho sobre la mis-

⁴¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial de 6 de noviembre de 2023 (RJ 2023, 384-IP-2019), p. 14.

⁴² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial de 6 de noviembre de 2023 (RJ 2023, 384-IP-2019), p. 15.

⁴³ Artículo 3, Capítulo II de la Decisión Andina 345 de 1993: “(...) Material: el material de reproducción o de multiplicación vegetativa en cualquier forma; el producto de la cosecha, incluidos plantas enteras y las partes de las plantas; y, todo producto fabricado directamente a partir del producto de la cosecha”.

ma, su derecho se extenderá al producto de la cosecha e incluso, dependiendo de la legislación, al producto elaborado a partir del producto de la cosecha.

IV. CONCLUSIÓN

En suma, la limitación al derecho del obtentor, conocida como privilegio del agricultor, ha sufrido múltiples interpretaciones, debates y conflictos jurídicos que a la fecha no se han solventado, sino que por el contrario han incrementado.

La limitación se ha convertido en objeto de disputa conceptual donde convergen múltiples actores: empresas, comunidades, entidades del Estado, los Estados *per se*, agricultores, obtentores y doctrinantes, quienes increíblemente no solo no llegan a un acuerdo, sino que cada vez diversifican sus posturas, haciendo que este tema no solo sea malinterpretado, sino también complejo de entender en su integridad para muchos sectores de la población. Incluso, por esta razón, algunos lo ven como enemigo de la cultura, lo ancestral e incluso la vida.

Lamentablemente, interpretaciones como la analizada en este artículo crean zozobra entre las partes intervinientes, porque prácticamente extinguen el privilegio del agricultor separándolo del cumplimiento de su finalidad, la cual consiste en equilibrar los intereses de los agricultores y obtentores en el marco de este derecho de propiedad intelectual.

Sea esta una invitación para ampliar el margen de reflexión y se comiencen a flexibilizar las posturas, de manera que se puedan entablar diálogos entre todos los interesados, bien documentados, ensañados a construir país, de manera que se fomente el ambiente propicio para que el Estado colombiano pueda adherirse al Acta de la UPOV de 1991.

V. BIBLIOGRAFÍA

ARCUDIA HERNÁNDEZ, C.: “El Privilegio del Agricultor. Análisis de la Legislación Europea y su Aplicación al Caso Mexicano”, *Revista Propiedad Intelectual*, vol. XIII, n.º. 17, 2014.

ARCUDIA HERNÁNDEZ, C. y MAGAÑA RUFINO, J.: “El régimen jurídico y la concesión de los títulos de obtentor en México”, *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, n.º. 16, 2022, <https://doi.org/10.26422/RIPI.2022.1600.arc>.

CASELLA, A.: “La propuesta alternativa del proyecto de ‘Ley de Semillas y Obtenciones Vegetales’ de Federación Agraria Argentina”, *Revista Interdisciplinaria de Estudios Agrarios*, n.º. 45, 2016.

Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales/1978, de 2 de diciembre de 1961 revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978.

Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales/1991, de 2 de diciembre de 1961 revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991.

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados/1969, de 23 de mayo.
- Corte Constitucional de Colombia, C-1051/2012, STS de 5 de diciembre de 2012 (RTC 2012, 1051).
- Decisión Andina 345/1993, de 21 de octubre.
- MARTÍNEZ PIVA, J. (coord.): *Generación y protección del conocimiento: propiedad intelectual, innovación y desarrollo económico*. Naciones Unidas-Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2008.
- NETNOU-NKOANA, N., JAFTHA, J., DIBILOANE, M. y ELOFF, J.: "Understanding of the farmers' privilege concept by smallholder farmers in South Africa", *South African Journal of Science*, Vol. 111, n°. 1/2, 2015, doi: <http://dx.doi.org/10.17159/sajs.2015/2013-0344>.
- PRIFTI, V.: "An Answer to the Plant Variety Controversy in Chile", *The Journal of World Intellectual Property*, Vol. 19, n°. 5-6, 2016, doi:10.1111/jwip.12062.
- RAPELA, M. (dir.): *Propiedad intelectual en mejoramiento vegetal y biotecnología*, vol. I. Universidad Astral Ediciones, 2022.
- Resolución 970/2010, de 10 marzo.
- ROBLEDO DEL CASTILLO, P. (dir.), *Los derechos del obtentor de variedades vegetales en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial de 6 de noviembre de 2023 (RJ 2023, 384-IP-2019).
- UPOV notification No. 53, *International Convention for the Protection of New Varieties of Plants*, Accession by the Republic of Colombia.
- URIBE ARBELÁEZ, M., *Propiedad intelectual sobre semillas: UPOV – Derechos de los agricultores*, Universidad Nacional de Colombia, 2017.