



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 6 de noviembre de 2023

Proceso:	384-IP-2019
Asunto:	Interpretación prejudicial
Consultante:	Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia
Expediente interno del consultante:	11001032400020130047500
Referencia:	Limitación a los derechos de obtentor de variedades vegetales conferido a su titular en virtud del «privilegio del agricultor» sobre la reserva de su cosecha
Normas a ser interpretadas:	Artículos 17, 23, 24, 26 y 28 de la Decisión 345 — «Régimen Común de protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales» de la Comisión de del Acuerdo de Cartagena
Temas objeto de interpretación:	<ol style="list-style-type: none">1. El criterio jurídico interpretativo del acto aclarado es aplicable al mecanismo procesal de la interpretación prejudicial del ordenamiento jurídico comunitario andino2. Derechos del obtentor de variedades vegetales3. Limitación a los derechos de obtentor de variedades vegetales conferido a su titular en virtud del «privilegio del agricultor» sobre la reserva de su cosecha
Magistrado ponente:	Íñigo Salvador Crespo

VISTO:

El Oficio número 4031 del 30 de septiembre de 2019, recibido vía correo electrónico el 1 de octubre de 2019, mediante el cual la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de la República de Colombia solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, el **Tribunal** o el **TJCA**) la interpretación prejudicial del artículo 26 de la Decisión 345 — «Régimen Común de protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales» emitida por la Comisión de del Acuerdo de Cartagena (en adelante, la **Decisión 345**)¹, a fin de resolver el proceso interno número 11001032400020130047500; y,

El Auto del 23 de enero de 2020, mediante el cual el TJCA admitió a trámite la presente interpretación prejudicial.

CONSIDERANDO:

A. ANTECEDENTES

Partes en el proceso interno

Demandantes:	Ángela del Rosario Torres Rodríguez Jorge Ignacio Salcedo Galán Jeritza Merchán Díaz
Demandado:	Instituto Colombiano Agropecuario – ICA
Coadyuvante de los demandantes:	Efraín Olarte Olarte
Coadyuvante del demandado:	Asociación Colombiana de Semillas y Biotecnología – Acosemillas

B. ASUNTO CONTROVERTIDO

De la revisión de los documentos remitidos por la autoridad consultante, este Tribunal considera que, de todos los temas controvertidos en el presente proceso interno, el que resulta pertinente para la presente interpretación prejudicial, por estar vinculado con la normativa andina, es si el artículo 15 de Resolución número 970 del ICA, de fecha 10 de marzo de 2010, viola o no el artículo 26 de la Decisión 345.

¹ Del 21 de octubre de 1993 publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 142 del 29 de octubre de 1993. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/gace142.pdf>

C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

La autoridad consultante solicitó la interpretación prejudicial del artículo 26 de la Decisión 345². Procede la interpretación por ser pertinente.

De oficio, se interpretará el artículo 28 de la Decisión 345³, con el fin de abordar el tema de las potestades de las autoridades nacionales competentes conferidas por la norma andina en cuestión en el marco del principio de complemento indispensable.

Adicionalmente, correspondería la interpretación de los artículos 17, 23 y 24 de la Decisión 345⁴ a fin de tratar sobre los derechos de los obtentores de variedades vegetales.

² **Decisión 345.-**

«**Artículo 26.-** 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.»

³ **Decisión 345.-**

«**Artículo 28.-** En caso de ser necesario, los Países Miembros podrán adoptar medidas para reglamentar o controlar en su territorio, la producción o la comercialización, importación o exportación del material de reproducción o de multiplicación de una variedad, siempre que tales medidas no impliquen un desconocimiento de los derechos de obtentor reconocidos por la presente Decisión, ni impidan su ejercicio.»

⁴ **Decisión 345.-**

«**Artículo 17.-** El obtentor gozará de protección provisional durante el período comprendido entre la presentación de la solicitud y la concesión del certificado.

La acción por daños y perjuicios sólo podrá interponerse una vez concedido el certificado de obtentor, pero podrá abarcar los daños causados por el demandado a partir de la publicación de la solicitud.»

«**Artículo 23.-** Un certificado de obtentor dará a su titular la facultad de iniciar acciones administrativas o jurisdiccionales, de conformidad con su legislación nacional, a fin de evitar o hacer cesar los actos que constituyan una infracción o violación a su derecho y obtener las medidas de compensación o de indemnización correspondientes.»

«**Artículo 24.-** La concesión de un certificado de obtentor conferirá a su titular el derecho de impedir que terceros realicen sin su consentimiento los siguientes actos respecto del material de reproducción, propagación o multiplicación de la variedad protegida:

- a) Producción, reproducción, multiplicación o propagación;
- b) Preparación con fines de reproducción, multiplicación o propagación;
- c) Oferta en venta;
- d) Venta o cualquier otro acto que implique la introducción en el mercado, del material de reproducción, propagación o multiplicación, con fines comerciales.
- e) Exportación;

D. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. El criterio jurídico interpretativo del acto aclarado es aplicable al mecanismo procesal de la interpretación prejudicial del ordenamiento jurídico comunitario andino.
2. Derechos del obtentor de variedades vegetales.
3. Limitación a los derechos de obtentor de variedades vegetales conferido a su titular en virtud del «privilegio del agricultor» sobre la reserva de su cosecha.

E. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. El criterio jurídico interpretativo del acto aclarado es aplicable al mecanismo procesal de la interpretación prejudicial del ordenamiento jurídico comunitario andino

- 1.1. En las sentencias de interpretación prejudicial emitidas en los procesos números 145-IP-2022, 261-IP-2022, 350-IP-2022⁵ y 391-IP-2022⁶, todas de fecha 13 de marzo de 2023, a través de las cuales el Tribunal reconoció que «el criterio jurídico interpretativo del acto aclarado es

-
- f) Importación;
 - g) Posesión para cualquiera de los fines mencionados en los literales precedentes;
 - h) Utilización comercial de plantas ornamentales o partes de plantas como material de multiplicación con el objeto de producir plantas ornamentales y frutícolas o partes de plantas ornamentales, frutícolas o flores cortadas;
 - i) La realización de los actos indicados en los literales anteriores respecto al producto de la cosecha, incluidas plantas enteras y partes de plantas, obtenido por el uso no autorizado del material de reproducción o multiplicación de la variedad protegida, a menos que el titular hubiese podido razonablemente ejercer su derecho exclusivo en relación con dicho material de reproducción o de multiplicación.

El certificado de obtentor también confiere a su titular el ejercicio de los derechos previstos en los literales precedentes respecto a las variedades que no se distinguen claramente de la variedad protegida, conforme lo dispone el artículo 10 de la presente Decisión y respecto de las variedades cuya producción requiera del empleo repetido de la variedad protegida.

La autoridad nacional competente podrá conferir al titular, el derecho de impedir que terceros realicen sin su consentimiento los actos indicados en los literales anteriores, respecto a las variedades esencialmente derivadas de la variedad protegida salvo que ésta sea a su vez una variedad esencialmente derivada.»

⁵ Publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 5146 del 13 de marzo de 2023.

Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205146.pdf>

⁶ Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 5147 del 13 de marzo de 2023.

Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205147.pdf>

plenamente compatible con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en el artículo 123 de su Estatuto».

1.2. En ese sentido, el Tribunal decidió, entre otras cosas, lo siguiente:

«PRIMERO: Interpretar que el criterio jurídico interpretativo del acto aclarado es plenamente compatible con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en el artículo 123 de su Estatuto.

SEGUNDO: Interpretar que, conforme al criterio jurídico interpretativo del acto aclarado que resulta aplicable en el ámbito de la Comunidad Andina, en aquellos casos en los que el juez nacional de única o última instancia tiene que resolver una controversia en la que deba aplicar o se discuta una norma del ordenamiento jurídico comunitario andino, no estará obligado a solicitar interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina si es que esta corte internacional ya ha interpretado dicha norma con anterioridad en una interpretación prejudicial publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

TERCERO: Interpretar que la obligatoriedad prevista en el segundo párrafo del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en el artículo 123 de su Estatuto se mantiene y se aplica en los siguientes casos:

- a) Cuando el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no ha emitido interpretación prejudicial respecto de la norma del ordenamiento jurídico comunitario andino que el juez nacional de única o última instancia debe aplicar (o es materia de discusión) para resolver la controversia del proceso jurisdiccional que tramita en sede nacional;
- b) Cuando el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sí ha emitido interpretación prejudicial publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena respecto de alguna de las normas del ordenamiento jurídico comunitario

andino que el juez nacional de única o última instancia debe aplicar (o son materia de discusión) para resolver la controversia del proceso jurisdiccional que tramita en sede nacional, pero no respecto de otras normas del mismo ordenamiento, aplicables a la misma controversia. En este caso, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina emitirá la interpretación prejudicial respecto de aquellas normas que no hubiere interpretado en el pasado, y ratificará el criterio jurídico interpretativo respecto de las cuales sí lo hubiera hecho, de ser el caso.

- c) Cuando el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sí ha emitido interpretación prejudicial publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena respecto de la norma del ordenamiento jurídico comunitario andino que el juez nacional de única o última instancia debe aplicar (o es materia de discusión) para resolver la controversia del proceso jurisdiccional que tramita en sede nacional, pero dicho juez considera imperativo que el TJCA precise, amplíe o modifique el criterio jurídico interpretativo contenido en la mencionada interpretación prejudicial; y,
- d) Cuando el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sí ha emitido interpretación prejudicial publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena respecto de la norma del ordenamiento jurídico comunitario andino que el juez nacional de única o última instancia debe aplicar (o es materia de discusión) para resolver la controversia del proceso jurisdiccional que tramita en sede nacional, pero dicho juez tiene preguntas insoslayables sobre situaciones hipotéticas que, en abstracto, se desprenden o están vinculadas con la referida norma andina, y que deben ser aclaradas por el TJCA para que el mencionado juzgador pueda resolver con mayor precisión e idoneidad la controversia del proceso jurisdiccional que tramita en sede nacional.

CUARTO: Declarar que persiste y se mantiene firme la posibilidad de que tanto los Países Miembros como la Secretaría General de la Comunidad Andina y los particulares ejerzan el derecho previsto en el artículo 128 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de acudir ante este Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, en aquellos casos en los que esta obligación se mantiene de conformidad con los criterios establecidos en la presente sentencia de interpretación prejudicial; o cuando un juez nacional aplique una interpretación diferente a la establecida por el Tribunal en el caso concreto o en una o más interpretaciones prejudiciales aprobadas y publicadas previamente en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, y que constituyen un acto aclarado en los términos expuestos en la presente providencia.

(...)

2. Derechos del obtentor de variedades vegetales

- 2.1. Dado que en el proceso interno se discute sobre la limitación a los derechos de obtentor de variedades vegetales conferido a su titular en virtud del «privilegio del agricultor» sobre la reserva de su cosecha, resulta pertinente referirse a los derechos del obtentor de variedades vegetales reconocidos por los artículos 17, 23 y 24 de la Decisión 345.
- 2.2. Los artículos 17, 23 y 24 de la Decisión 345 ya han sido objeto de interpretación por parte del Tribunal, existiendo a la fecha un criterio jurídico interpretativo uniforme, estable y coherente sobre su objeto, contenido y alcance en los siguientes términos:

Protección provisional del obtentor

[2.2.1.] *El artículo 17 de la Decisión 345 establece una protección provisional al obtentor durante el período comprendido entre la presentación de la solicitud y la concesión del certificado, aunque enfatiza que la acción por daños y perjuicios sólo podrá interponerse una vez concedido el certificado de obtentor, empero, podrá abarcar los daños causados por el demandado a partir de la publicación de la solicitud.*

[2.2.2.] *El objeto de la protección provisional radica en evitar que terceros se aprovechen de la variedad durante el período que media entre la presentación de la solicitud y la obtención del certificado.*

[2.2.3.] *En efecto, la protección provisional confiere al obtentor la facultad de protegerla contra infracciones o usurpaciones de terceros no autorizados por él, mientras su solicitud de registro se encuentre en trámite.*

[2.2.4.] *La protección provisional otorga al obtentor los derechos establecidos en el artículo 24 de la Decisión 345 para prevenir o hacer cesar los actos de infracción, aunque, como se indicó, las acciones por indemnización sólo podrán adelantarse una vez que se haya concedido el certificado de obtentor, con la posibilidad de abarcar o reclamar los daños y perjuicios causados por el demandado a partir de la publicación de la solicitud. Es decir, se establece una protección retroactiva entre la fecha de presentación de la solicitud y la fecha de otorgamiento del título.*

[2.2.5.] *Es pertinente advertir que el artículo 13 del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales incorpora, acerca de la protección provisional al obtentor, que: “Cada Parte Contratante adoptará medidas destinadas a salvaguardar los intereses del obtentor durante el período comprendido entre la presentación de la solicitud de concesión de un derecho de obtentor o su publicación y la concesión del derecho. Como mínimo, esas medidas tendrán por efecto que el titular de un derecho de obtentor tenga derecho a una remuneración equitativa percibida de quien, en el intervalo mencionado, haya realizado actos que, después de la concesión del derecho, requieran la autorización del obtentor de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 14”.*

[2.2.6.] *En tanto que la Decisión 345 se basa en términos generales en la Convención Internacional para la protección de nuevas variedades de plantas, ambas normas otorgan una protección provisional hasta que se conceda el certificado de obtentor.*

Derechos del obtentor. Acción por infracción de derechos

[2.2.7.] *Como se expresó, el derecho del obtentor es una forma de propiedad intelectual que se reconoce a los creadores de nuevas variedades vegetales a fin de permitirles una explotación exclusiva de su creación por un tiempo determinado. Este derecho de obtentor, si bien tiene ciertas características en común con algunas otras formas de propiedad intelectual, posee también características únicas y particulares a fin de*

adecuarlo especialmente al objeto de protección: las variedades vegetales.

[2.2.8.] Los derechos del obtentor vegetal se concretan en un conjunto de comportamientos, conductas y actividades que no pueden efectuarse por terceros, a menos que medie autorización, licencia o permiso de los mismos.

[2.2.9.] Así, el derecho del obtentor otorga a su titular el derecho exclusivo de explotación de su variedad protegida. De la misma forma, la reproducción de la variedad vegetal está sometida a la autorización de su titular.

[2.2.10.] El titular de un certificado de obtentor tiene el derecho de impedir que terceros, sin su consentimiento, puedan, respecto del material de multiplicación o reproducción de la variedad protegida: producir o reproducir (multiplicar), preparar a los fines de producción o multiplicación, ofrecer en venta, vender o comercializar de cualquier forma, exportar, importar o poseer para cualquiera de los fines mencionados.

[2.2.11.] Los artículos 23 y 24 de la Decisión 345 se refieren a los derechos del obtentor, y expresan de manera clara que un certificado de obtentor dará a su titular la facultad de iniciar acciones administrativas o jurisdiccionales, de conformidad con su legislación nacional, a fin de evitar o hacer cesar los actos que constituyan una infracción o violación a su derecho y obtener las medidas de compensación o de indemnización correspondientes (artículo 23). Y que la concesión de un certificado de obtentor conferirá a su titular el derecho de impedir que terceros realicen sin su consentimiento los siguientes actos respecto del material de reproducción, propagación o multiplicación de la variedad protegida:

- a) Producción, reproducción, multiplicación o propagación;
- b) Preparación con fines de reproducción, multiplicación o propagación;
- c) Oferta en venta;
- d) Venta o cualquier otro acto que implique la introducción en el mercado, del material de reproducción, propagación o multiplicación, con fines comerciales.
- e) Exportación;
- f) Importación;
- g) Posesión para cualquiera de los fines mencionados en los literales precedentes;

- h) Utilización comercial de plantas ornamentales o partes de plantas como material de multiplicación con el objeto de producir plantas ornamentales y frutícolas o partes de plantas ornamentales, frutícolas o flores cortadas;
- i) La realización de los actos indicados en los literales anteriores respecto al producto de la cosecha, incluidas plantas enteras y partes de plantas, obtenido por el uso no autorizado del material de reproducción o multiplicación de la variedad protegida, a menos que el titular hubiese podido razonablemente ejercer su derecho exclusivo en relación con dicho material de reproducción o de multiplicación.

El certificado de obtentor también confiere a su titular el ejercicio de los derechos previstos en los literales precedentes respecto a las variedades que no se distinguen claramente de la variedad protegida, conforme lo dispone el artículo 10 de la presente Decisión y respecto de las variedades cuya producción requiera del empleo repetido de la variedad protegida.

La autoridad nacional competente podrá conferir al titular, el derecho de impedir que terceros realicen sin su consentimiento los actos indicados en los literales anteriores, respecto a las variedades esencialmente derivadas de la variedad protegida salvo que ésta sea a su vez una variedad esencialmente derivada.

[2.2.12.] Por lo tanto, en el supuesto de que dos variedades sean parecidas o similares, ante la duda, cabe la protección de la variedad protegida.

[2.2.13.] En consecuencia, el titular de un certificado de obtentor tendrá el derecho de impedir que terceros realicen sin su consentimiento los actos especificados en el artículo 24 de la Decisión 345, respecto de las variedades protegidas y de las variedades esencialmente derivadas, bastando para ello probar la posesión. El derecho conferido al obtentor se extiende a las variedades esencialmente derivadas, en los términos previstos en la Decisión 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, cuando en el artículo 24 establece que el derecho de obtentor se extiende a las variedades que no se distinguen claramente de la variedad protegida, es decir que, "para que una variedad que no se distinga claramente pueda ser

comercializada, debe contar con la autorización del titular del derecho de obtentor de la variedad respecto de la cual no se distingue claramente”⁷.

[2.2.14.] *Asimismo, se deberá tener en cuenta que el inciso segundo, literal i) del artículo 24 dice que el certificado también concede al obtentor la posibilidad de ejercer derechos “respecto de las variedades cuya producción requiera del empleo repetido de la variedad protegida”.*

[2.2.15.] *El certificado de obtentor dará a su titular la facultad de iniciar acciones administrativas o judiciales, de conformidad con la legislación vigente del País Miembro, a fin de evitar o hacer cesar actos que constituyan infracciones o violaciones a su derecho y así obtener medidas de compensación o indemnización ajustadas a derecho.*

[2.2.16.] *Este Tribunal, respecto a la acción por infracción de derechos, en un caso marcario, aplicable a una infracción a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, ha dicho lo siguiente:*

“El ejercicio de la acción, por infracción de los derechos de propiedad industrial, puede estar dirigido a la obtención, a través de la sentencia de mérito, de una o varias de las siguientes formas de tutela: el cese de los actos constitutivos de la infracción; la indemnización de los daños y perjuicios; el retiro, de los circuitos comerciales, de los productos resultantes de la infracción, así como de los medios y materiales que hubiesen servido predominantemente para cometerla; la prohibición de la importación y de la exportación de tales productos, medios y materiales; la adjudicación en propiedad de los productos, medios y materiales en referencia; la adopción de las medidas necesarias para evitar la continuación o la repetición de la infracción, tales como la destrucción de los productos, medios y materiales o el cierre de los establecimientos; y la publicación de la sentencia condenatoria y su notificación, a costa del infractor”. (*Proceso 116-IP-2004, publicado*

⁷ Pablo Felipe Robledo del Castillo. *Los Derechos del Obtentor de variedades Vegetales en Colombia*. La Propiedad Inmaterial. Revista del Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. p. 181.

en la Gaceta Oficial N° 1172, de 7 de marzo de 2005).

[2.2.17.] El “*ius prohibendi*” del titular del certificado de obtentor tiene su origen en un acto expreso de autoridad nacional competente, consecuentemente, se puede considerar que una explotación no autorizada de la variedad vegetal, sucedido después de esta declaración administrativa, se constituye en una infracción a los derechos conferidos al titular.

2.3. Los criterios jurídicos interpretativos descritos anteriormente, fueron desarrollados por el TJCA en las sentencias de interpretación prejudicial emitidas dentro de los procesos números 03-IP-2009⁸ y 128-IP-2012⁹.

3. Limitación a los derechos de obtentor de variedades vegetales conferido a su titular en virtud del «privilegio del agricultor» sobre la reserva de su cosecha

3.1. El artículo 26 de la Decisión 345 establece que:

«**Artículo 26.-** 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.»

3.2. La primera oración (postulado) del artículo 26 de la Decisión 345 establece una excepción a la norma general del artículo 24 *ibídem*, que enumera las acciones que el obtentor está facultado a realizar, respecto del material vegetal protegido, en ejercicio de los derechos que le confiere un certificado de obtentor emitido por la autoridad competente del País Miembro.

Tales supuestos, que han sido enumerados *supra*¹⁰, incluyen una serie de actividades y situaciones realizadas por terceros en torno a la

⁸ Ver puntos 3.4. y 3.5. de la Interpretación Prejudicial número 03-IP-2009 de fecha 11 de junio de 2009, que constan en las páginas 12 a 14 de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 1756 del 18 de septiembre de 2009. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1756.pdf>

⁹ Ver puntos 3.3. y 3.4. de la Interpretación Prejudicial número 128-IP-2012 de fecha 6 de marzo de 2013, que constan en las páginas 47 a 54 de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 2187 del 2 de mayo de 2013. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace2187.pdf>

¹⁰ Ver nota al pie de página número 4, así como párrafo [2.2.11] *supra*.

producción, reproducción, multiplicación o propagación de la variedad protegida, cuya realización el obtentor está facultado a impedir.

- 3.3. Sin embargo, 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 para el propio uso del agricultor o para ser vendido como materia prima o alimento.

Nos encontramos, entonces, frente a una excepción de una regla general, donde la regla general es el derecho del obtentor a impedir los actos descritos en el artículo 24 de la Decisión 345; y la excepción a esta regla es el «privilegio del agricultor», consagrado en la primera oración (postulado) del artículo 26.

- 3.4. Por otra parte, la segunda oración (postulado) del artículo 26 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.

De esta manera, interpretadas en conjunto las normas de los artículos 24 y 26 de la Decisión 345, se concluye que el obtentor no podrá ejercer los derechos que le otorga el certificado de obtentor respecto de quien utilice para su propio uso o venta como materia prima o alimento el producto de la multiplicación, reproducción o propagación de una variedad protegida.

De manera complementaria, el agricultor no podrá en ningún caso ampararse en la excepción prevista en la primera oración (postulado) del citado artículo 26 para utilizar comercialmente el material de multiplicación, reproducción o propagación, incluyendo plantas enteras y sus partes, de las especies frutícolas, ornamentales y forestales, de las variedades protegidas por los derechos del obtentor.

- 3.5. Para profundizar en 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.

3.6. De conformidad con la primera parte del artículo 26 (la excepción), el agricultor que ha celebrado un contrato con el obtentor, que en el ejemplo previo ha comprado esquejes de plantas ornamentales (flores), puede 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 (*v.g.*, debido a una inundación), la reserva de esquejes le permitirá evitar pérdidas (ocasionadas por la inundación). 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 el 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.

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

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.

Los tres supuestos antes 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 el obtentor y el agricultor.

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.

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

De esta forma, la salvedad a la excepción denominada como “privilegio del agricultor” encuentra sustento en evitar que el obtentor pierda sus

legítimas expectativas de obtener regalías de su variedad vegetal en el mercado.

- 3.8. 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 vegetales vivas que, generalmente, pueden reproducirse). Así, lo que verdaderamente se protege es el derecho de creación intelectual, mas 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 (v.g. esquejes), se termine afectando las capacidades del titular del certificado de obtentor de beneficiarse de sus derechos intelectuales.
- 3.9. Por su parte, el artículo 28 de la Decisión 345 dispone lo siguiente:

«**Artículo 28.-** En caso de ser necesario, los Países Miembros podrán adoptar medidas para reglamentar o controlar en su territorio, la producción o la comercialización, importación o exportación del material de reproducción o de multiplicación de una variedad, siempre que tales medidas no impliquen un desconocimiento de los derechos de obtentor reconocidos por la presente Decisión, ni impidan su ejercicio.»

- 3.10. La primera parte del artículo 26 de la Decisión 345, que contempla la figura denominada «privilegio del agricultor», debe interpretarse en concordancia con el artículo 28 de la misma norma andina, que prevé la aplicación del principio de complemento indispensable¹¹. En tal sentido, los Países Miembros cuentan con la potestad de establecer condiciones o limitaciones al «privilegio del agricultor» con el objeto de garantizar que dicho privilegio sea ejercido razonablemente¹² y salvaguardando los intereses legítimos del obtentor, pero sin vaciar de contenido al «privilegio del agricultor».
- 3.11. Tales condiciones o limitaciones deben tener en cuenta las circunstancias económicas, sociales y culturales de la realidad agraria de cada País Miembro, particularmente los usos agrícolas tradicionales.

¹¹ El principio de complemento indispensable constituye un acto aclarado de conformidad con el criterio jurisprudencial citado en el primer acápite de la presente sentencia y en los términos de los párrafos 31. a 37. del segundo punto de las páginas 63 y 64 de la interpretación prejudicial recaída en el proceso número 03-IP-2022 del 17 de mayo de 2023, que constan en las páginas 90 y 91 de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 5186 del 22 de mayo de 2023. Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205186.pdf>

¹² A modo referencial, ver el documento *Notas Explicativas sobre las Excepciones al Derecho de Obtentor con arreglo al Acta de 1991 del Convenio de la UPOV*, adoptado por el Consejo de la UPOV con fecha 22 de octubre de 2009. Ginebra. Disponible en: https://www.upov.int/edocs/expndocs/es/upov_exn_exc.pdf

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina consigna la presente sentencia de interpretación prejudicial para que, en adelante, sea aplicada en la Comunidad Andina y, en particular, por parte de la autoridad consultante en el proceso interno número **11001032400020130047500**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el artículo 127 de su Estatuto.

Esta sentencia de interpretación prejudicial se firma por los magistrados que participaron de su adopción de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 90 del Estatuto del Tribunal.

Sandra Catalina Charris Rebellón
Magistrada

Gustavo García Brito
Magistrado

Hugo R. Gómez Apac
Magistrado

Íñigo Salvador Crespo
Magistrado

De acuerdo con el último párrafo del artículo 90 del Estatuto del Tribunal, firman igualmente la presente sentencia de interpretación prejudicial la magistrada presidenta y la secretaria general.

Sandra Catalina Charris Rebellón
Magistrada presidenta

Karla Margot Rodríguez Noblejas
Secretaría general

Notifíquese a la autoridad consultante y remítase copia de la presente sentencia de interpretación prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.
