

XIII ENCUENTRO DE COLEGIOS DE ABOGADOS SOBRE TEMAS DE DERECHO AGRARIO – Rosario, octubre 2022

EL AGRICULTOR, LA SEMILLA Y LOS CONTRATOS DE LICENCIA DE USO DE TECNOLOGÍA¹

Juan Carlos Acuña²

1. Introducción.

Se propone, apoyado en marcos jurídicos normativos nacionales e internacionales sobre la temática del título, una breve reseña sobre la naturaleza de los intereses en conflicto y las estrategias comerciales de las empresas de semillas en propuestas contractuales sometidas a cláusulas generales predispuestas (CGP) para el acceso, del agricultor, a la semilla de variedades vegetales (VG) protegidas por derechos de obtención vegetal (DOV) y eventual por derechos de propiedad industrial (DPI)

El conflicto se produce en las autógamias de cultivos comerciales extensivos, tal el caso del trigo y la soja, puede agregarse el algodón y el maní³.

La irrupción de los organismos vegetales genéticamente modificados (OVGMs), en los 90 del siglo pasado, originó debates sobre la salud

¹ La presente ponencia está vinculada y es continuación de las exposiciones compartidas en el IDAA del Colegio de Abogados de Bell Ville, Pcia. de Córdoba; en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam, cátedra de Derecho Agrario y de los Recursos Naturales; en Jornada organizada por el IDA del Colegio Público de Abogados - de la Pcia. de Corrientes y de publicación en la Revista Iberoamericana de Derecho Agrario (RIDA) N°9.

² Abogado. UNLP - Colegio de Abogados de La Plata - Posgrado en Derecho Agrario y Ambiental Internacional - Ex Prosecretario Técnico de la Comisión de Legislación General del Senado de la Provincia de Buenos Aires (1994-1995) – Ex vicepresidente del Consejo Regional Buenos Aires Norte del INTA (2002-2004) – Ex presidente del Consejo Local Asesor de la EEA-INTA Pergamino (2007-2010) - Asesor y apoderado de pymes agrarias familiares. Actividad docente como abogado invitado en diplomaturas, cursos de grado y posgrado. Consultor Privado.

³ Cultivos cuya reproducción sexual es por autofecundación del mismo individuo vegetal conservando su progenie perfecta identidad genética y apta para nueva reproducción.

XIII ENCUENTRO DE COLEGIOS DE ABOGADOS SOBRE TEMAS DE DERECHO AGRARIO – Rosario, octubre 2022

humana, la bioética, la ideología, usos alimentarios, medicinales e industriales. Respecto a la salud humana muchas objeciones, si bien aún abiertas, han disminuido su incidencia por ausencia, a la fecha, de comprobaciones científicas sobre su nocividad.⁴

Otro aspecto es el relacionado con la concentración y fusiones de compañías biotecnológicas transnacionales⁵ con alta capacidad de inversión para I&D dada la intensa preeminencia económica de los DOV/DPI.

Se propone abordar cuestiones relacionadas con los DOV/DPI sobre OVGMS en general, pero concentrándonos sobre la semilla soja y la “oferta pública” de “contratos de transferencia y licencia de uso de tecnología” (CTyLUT) a los agricultores.

Al momento de redacción de la presente, se anunció polémica propuesta estatal por anteproyecto de decreto⁶ imponiendo, a los agricultores, una alícuota de hasta el 1,5% del valor de venta de todos los granos cosechados para una “compensación de la innovación tecnológica” que “será transferida a la cuenta especial administrada por la Asociación

⁴ Muchos productos alimenticios o subproductos contienen ingredientes que proceden del procesamiento de productos agrícolas básicos genéticamente modificados; a modo de ejemplo, desde el siglo pasado, la ANMAT aprobó productos que contienen fructosa de maíz y se registra su presencia en cafés instantáneos, helados, dulces, mermeladas, repostería, gaseosas, conservas, bebidas alcohólicas, productos panificados; también el jarabe de maíz para caramelos, chicles, dulce de leche, turrónes, confituras, jarabes medicinales, también en muchos alimentos veganos.

⁵ Ejemplo: la adquisición de Monsanto por Bayer a través de un acuerdo y plan de fusión que fue aprobado por la Secretaría de Comercio Interior argentina aconsejada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y luego de desinversiones de la empresa Bayer se dicta la Resolución 7 de aprobación en fecha 1° de febrero de 2019 al considerar que no infringe el Artículo 7° de la Ley N° 25.156, “al no disminuir, restringir o distorsionar la competencia de modo que pueda resultar perjuicio al interés económico general”.

⁶ Con el propósito de allanar la viciada y polémica estrategia de los CTyLUT de las empresas y sustituirlo por una antijurídica disposición estatal.

XIII ENCUENTRO DE COLEGIOS DE ABOGADOS SOBRE TEMAS DE DERECHO AGRARIO – Rosario, octubre 2022

Argentina de Protección de las Obtenciones Vegetales (ARPOV).”, creando un ilegal “tributo privado” que alcanza a todos los géneros y especies vegetales.⁷

2. El fitomejoramiento y los DOV/DPI.

Los DOV fueron incorporados por la Unión Internacional de Obtenciones Vegetales (UPOV) por Acta 1961 revisadas en 1972, 1978 y 1991; los DPI, sobre microorganismos, a través del Acuerdo sobre Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) en 1994 (art.27 ap.3 inc b).

Argentina adhirió al Acta UPOV 1978 y no adhirió al Acta 1991; la extensión a todos los géneros y especies de vegetales y extensión de los DOV/DPI a los productos de cosecha⁸ y productos transformados causa de retracción de muchos Estados Miembros de la UPOV de adherir al Acta UPOV 1991.

3. Los contratos de licencia de uso de tecnología.

El art. 27 de la Ley de Semillas y Creaciones Fitogenéticas 20.247 (LSCF), ha sido objeto de innumerables proyectos de leyes para hacer onerosa la reserva para uso propio o limitarla a determinada cantidad o excluirla.

3.1. El Plan Comercial Monsanto “Canon Intacta RR2 Pro”.

⁷ Remisión:

https://drive.google.com/file/d/1KJrIUaCpQ5MzYIMwnu_82W9jSQtc4MXG/view?usp=sharing

⁸ Si bien puede admitirse que la Ley de adhesión argentina a la UPOV78 le otorgaría a esta primacía por art75 inc22, p 2, CN y se ha argumentado que el producto de cosecha que se reserve como semilla para uso propio quedaría alcanzado por el DOV y sometido a autorización previa de uso del titular del DOV pues se destina a la “producción con fines comerciales” (conf. Art.5 Acta UPOV 1978)

XIII ENCUENTRO DE COLEGIOS DE ABOGADOS SOBRE TEMAS DE DERECHO AGRARIO – Rosario, octubre 2022

A partir de 2011, Monsanto impulsa CTyLUT para la provisión de semillas con DOV/DPI que alcanzan a los productos cosechados; la estrategia se construye en base al registro de patente en Argentina del evento RR2⁹ en 2009 que impulsó una nueva estrategia comercial bajo el seductor objetivo que el agricultor obtendría mayor rendimiento respecto a la variedad RR1 y “mayor rentabilidad” por unidad de superficie.

A través del CTyLUT a cláusulas generales predispuestas (CGP) otorga, al agricultor, una “licencia de uso” oneroso sobre la cantidad de semilla reservada¹⁰ ampliando el pago de un “canon tecnológico” sobre todo el producto cosechado¹¹ tarifando rendimientos a través de compra de “tonelada intacta” (TI); el contrato impone al productor el costo del canon en 26 U\$S por ha. “habilitando” al productor a entregar, a los acopios que la empresa indique¹², hasta la cantidad de 3,5 ton. de grano cosechado por ha.

Si la producción fuera mayor todo grano Intacta en exceso de las TI estará sujeto al pago del “Canon Intacta” dispuesto por la empresa, que oscilaba entre 12 y 15 U\$S adicionales a los 26 U\$S ya abonados por ha.

⁹ La RR2 en realidad cumple la misma función que su antecesora, pero la compañía logra la protección de la ley de patentes argentina, por nuevo método de microorganismo vector para transferencia de genes. Fue aprobado por resolución AR028243B1 del INPI el 17/2/2009 con vencimiento el 9/3/2021, patente registrada bajo el título de “MOLÉCULA DE ADN RECOMBINANTE Y METODO PARA PRODUCIR PLANTAS TOLERANTES A GLIFOSATO”, titular MONSANTO COMPANY, inventores HECK, Gregory; RODRIGUEZ, Damián y BAERSON, Scott.

¹⁰ Cláusula de “regalía extendida” que muchas empresas de semillas autógamas impulsaron con los productores agrarios para reserva onerosa de semilla para uso propio.

¹¹ Volumen del producto cosechado que no sólo es resultado de la VG utilizada sino de la aptitud del suelo agrario, técnicas productivas y labor del agricultor en prácticas de rotación conservacionista, energía solar, clima y aguas atmosféricas o riego.

¹² Afectando la libertad comercial del productor agrario.

XIII ENCUENTRO DE COLEGIOS DE ABOGADOS SOBRE TEMAS DE DERECHO AGRARIO – Rosario, octubre 2022

De hecho, la empresa al extender DOV/DPI a todo el producto cosechado incorpora “contractualmente” la UPOV 1991; el “contrato de licencia de tecnología” propuesto impide la cesión de los “beneficios del Plan” a terceros generando impacto en la Ley 13.246 y abrogando el contrato de aparcería para “repartirse los frutos” entre el aparcerero dador y el aparcerero tomador cuando se use la variedad Intacta RR2 Pro.

El Plan Monsanto no tuvo éxito ante baja aceptación por parte de los agricultores¹³, discontinúa su propuesta en 2018 rodeada de conflictos al imponer canon sobre toda la carga aun cuando ellas tuvieran mínimos porcentajes del grano intacta¹⁴, el procedimiento fue acompañado por el Estado a través de la polémica Res. 207/16¹⁵ (t.o. por Res. 37/2022) del INASE-MAGyP, junto con algunas de las entidades de la cadena agropecuaria¹⁶, que propició la creación del “Sistema Electrónico Bolsa Tech” creando un sistema de detección de genes, información y verificación del uso de tecnología y variedades de semilla.

3.2. El Plan Comercial Corteva.

Contemporáneamente a la salida de Monsanto y de su plan comercial Intacta RR2 Pro, irrumpe una nueva propuesta de CTyLU a CGP de

¹³ La empresa si bien promovía mayor rentabilidad que su antecesora RR1 el incremento de producción física por hectárea era prácticamente absorbido por la empresa a través del cobro del canon tecnológico, es decir que la “mayor rentabilidad” asegurada por la empresa era ficcional.

¹⁴ Contaminación de carga por granos residuales en transporte, monotolva o cosechadora o, si bien de baja probabilidad, por flujo de genes de parcelas vecinas con soja intacta.

¹⁵ Dispone obligación de muestreo varietal de semillas en el primer punto de entrega “en cumplimiento del art.27 LSyCF”, ante “infracción” remite al art.38 LSyCF.

¹⁶ No acompañaron la SRA, CRA y FAA.

XIII ENCUENTRO DE COLEGIOS DE ABOGADOS SOBRE TEMAS DE DERECHO AGRARIO – Rosario, octubre 2022

Corteva y MST; las cláusulas siguen la matriz del contrato Intacta RR2 Pro¹⁷ extendiendo onerosamente el DOV/DPI no sólo a la semilla que eventualmente reserve el agricultor sino también proyecta extenderlo a todo el producto cosechado.

El agricultor debe adquirir la semilla del comercio autorizado que indique la empresa, debe abonar una regalía denominada “hectárea tecnológica” (HT) o “regalía por tecnología Enlist” por cada compra de semilla o por reserva de semilla para uso propio.

En caso que el productor decida producir “Nueva Semilla Enlist”, debe adquirir antes de la entrega del grano cosechado, las HT a través de la empresa quien “procederá a la facturación de la HT.”

La cláusula de “HT” es claramente ambigua (conf. Art.987 CCyC) pues dispone que el productor podrá adherir a los términos y condiciones del programa de “hectáreas certificadas” por ciclo agrícola, sujeto a facturación y pago de HT y el cumplimiento del “Programa Hectáreas” (PH). En caso que el productor no adhiera al PH, los pagos serán convertidos a razón “de 3 ton. de grano por HT”.

El agricultor debe adquirir semillas en comercio adherido y se obliga a segregar el “grano Enlist” de todo otro grano, también deberá entregar los granos cosechados a los operadores autorizados por la empresa; si

¹⁷ aceptada la oferta. se “otorga al productor” una licencia no exclusiva, onerosa e intransferible sobre los DOV/DPI para utilizar las Variedades Enlist con la exclusiva finalidad de producir y “comercializar” el grano de soja resultante de la siembra de las Variedades Enlist (el “Grano Enlist”) y producir nueva semilla de soja (la “Nueva Semilla Enlist”) para reserva uso propio oneroso.

XIII ENCUENTRO DE COLEGIOS DE ABOGADOS SOBRE TEMAS DE DERECHO AGRARIO – Rosario, octubre 2022

entregara a terceros no autorizados el grano cosechado deberá pagar las HT y obligado a informar, la identidad del tercero para autorizar a éste al registro de granos Enlist y autorizar su venta; esta cláusula afecta a los contratos de aparcería donde el aparcerero dador, recibe “condicionalmente” los frutos pendientes de “autorización” para vender y deberá asumir el costo de las HT cedidas por el tomador alterando la relación porcentual en la distribución de frutos que hubieran convenido.

Como en la propuesta Monsanto, la empresa ensambla al contrato la obligación del productor, en fitosanitarios, de utilizar únicamente herbicidas 2,4-D sal colina autorizados por Corteva/MST.

4. Agotamiento del derecho de propiedad intelectual.

La cuestión jurídica del agotamiento del derecho de propiedad intelectual, en el caso de los OVGMS de primera generación¹⁸, constituye un aspecto central; más allá del plazo que asiste al obtentor o inventor, por su creación fitogenética, el tema cobra importancia respecto a la extensión del DOV/DPI y es aquí donde no sólo se produce un conflicto de intereses económicos sino fundamentalmente jurídicos.

Argentina adhirió al Acta UPOV 1978 por Ley 24.376; en nuestro sistema jurídico el DOV/DPI nunca puede alcanzar todo el grano cosechado como tampoco a los productos transformados resultantes que el Acta UPOV 1991 dispone, si bien la UPOV ha publicado en 2013, morigerando la redacción

¹⁸ Destinados a la etapa de producción para resistir la acción de herbicidas y/o protegerlo de la acción de ciertos insectos; no incorpora cualidad nutricional o industrial por ello sigue siendo un producto agrícola indiferenciado (commodities).

XIII ENCUENTRO DE COLEGIOS DE ABOGADOS SOBRE TEMAS DE DERECHO AGRARIO – Rosario, octubre 2022

del Acta 1991, una “Orientación a los Estados Miembros para la redacción de leyes basadas en el Acta 1991 del Convenio de la UPOV” en el art. 15° sugiere excepciones obligatorias y facultativas, entre estas últimas señala “...permitir a los agricultores utilizar a fines de reproducción o de multiplicación, en su propia explotación, el producto de la cosecha que hayan obtenido por el cultivo, en su propia explotación, de la variedad protegida o de una variedad cubierta por el Artículo 14.5a)i) o ii).”

El art. 27 de la LSCF vigente es claro disponiendo que el DOV/DPI sobre la semilla destinada al agricultor “usuario” final de la semilla, su producido no es alcanzado por ningún DOV/DPI de primera generación; el precepto es concluyente, el conflicto se desata por la naturaleza biológica de las autógamias cuya progenie permite nuevas siembras pues conserva plena identidad genética y que el derecho de reserva gratuita rige más allá pueda aceptarse que el agricultor renuncie a este derecho de uso¹⁹ y concederle carácter oneroso pero nunca a la renuncia al derecho de reserva, ni sujeta a autorización privada, de uso propio que la ley asiste y que no necesita autorización alguna del titular del DOV/DPI, como lo exige la UPOV 91 y los contratos de licencia de uso examinados, para reserva de semilla y libre comercialización de granos cosechados.

Frecuentemente los promotores citan la UPOV 91 sosteniendo que el DOV/DPI se extiende a todos los géneros y especies vegetales, a los

¹⁹ Que de hecho se verifica desde hace más de una década con el sistema convencional de “regalías extendidas” sólo sobre el grano, producto de una autógama, reservado como semilla para nueva siembra.

XIII ENCUENTRO DE COLEGIOS DE ABOGADOS SOBRE TEMAS DE DERECHO AGRARIO – Rosario, octubre 2022

granos cosechados y a las transformaciones; en realidad muchos Estados o bloques de Estados, como el caso de la UE, adhirió haciendo reserva de derechos segregando 23 especies del alcance del Acta 91 y protegen el derecho de reserva para uso propio del agricultor si bien oneroso limitando el porcentaje del canon tecnológico o eximiendo a pequeños agricultores y no lo extienden a todo el producto de la cosecha y transformaciones. En Argentina, múltiples proyectos de leyes se han impulsado para “actualizar” la LSCF, en realidad se refieren a limitar, hacerlo oneroso o excluir el derecho del agricultor a la reserva de uso propio extendiendo el DOV/DPI a todo el grano cosechado.

4. La situación jurídica del agricultor.

Interrogarnos sobre la situación jurídica del sujeto agrario frente a propuestas contractuales, como las examinadas, nos encamina a un doble ensayo de abordaje: a) el de los contratos en general y de los contratos de adhesión a CGP en particular y b) si el productor agrario como “usuario final” de la simiente queda comprendido en una relación de consumo o uso en el contexto normativo del nuevo CCyC.

4.1. Los contratos de adhesión a cláusulas generales predispuestas

Sin duda en las modernas contrataciones se ha generalizado el uso de los contratos de adhesión a CGP por el oferente del bien o servicio; la figura clásica del contrato como acto jurídico por el cual dos o más partes crean, regulan, modifican, transfieren o extinguen relaciones jurídicas patrimoniales, la libertad de contratación y el predominio de la voluntad de

XIII ENCUENTRO DE COLEGIOS DE ABOGADOS SOBRE TEMAS DE DERECHO AGRARIO – Rosario, octubre 2022

las partes en el diseño de cláusulas contractuales es hoy una “rara avis”; a ello se agrega el carácter supletorio de las normas legales relativas a los contratos (conf. art.962), si bien en los casos examinados considero hay clara prelación de normas indisponibles de nuestro ordenamiento jurídico (conf. art. 963 CCyC).

En la negociación de estos contratos sin duda la libertad se restringe en claro detrimento de lo previsto en el art. 958 CCyC y también en el art. 990 CCyC, si bien no desaparece totalmente, pues el agricultor, que decide contratar, toma una decisión voluntaria no ya para determinar el contenido del contrato (art. 958 CCyC) sino para decidir aceptar o no aceptar.

El art. 988 del CCyC dispone “En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: “a. las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b. las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente...”; resulta claro que en estos contratos hay una desnaturalización, por parte de la predisponente, incorporando cláusulas de extensión del DOV/DPI ejerciendo su mayor poder de mercado contraviniendo el ordenamiento jurídico vigente.

A ello se agrega la implicancia del art. 1004 CCyC por el cual no pueden ser, objeto de los contratos, hechos prohibidos por la ley, en el caso vulnerando la LSCF y Ley 24.376 que aprobó el Acta UPOV 1978 vigente en Argentina, que no extiende el DOV/DPI a todos los granos cosechados y sus transformaciones y por ello cláusula abusiva que infringe los fines del ordenamiento jurídico nacional.

XIII ENCUENTRO DE COLEGIOS DE ABOGADOS SOBRE TEMAS DE DERECHO AGRARIO – Rosario, octubre 2022

4.2. El agricultor como “usuario” de semillas.

Si bien es mayoritaria la opinión que el agricultor usuario de semilla no está comprendido en la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) era válido hasta 2015 pues estaba expresamente excluido por el art. 2° segundo párrafo de la Ley 24.240; el nuevo CCyC ha suprimido este párrafo habilitando su razonable inclusión, a mi juicio, bajo el concepto de relación de consumo como “usuario final de la semilla”.

El concepto de “relación de consumo” irradia efectos en el universo contractual agrario, civil y comercial; innegablemente los contratos de transferencia y uso de tecnología examinados quedarían comprendidos en la materia comercial entre empresa semillera y agricultor como “usuario”.

El nuevo CCyC receptó el principio que las relaciones de consumo se universalizan y comprenden infinidad de bienes y servicios sin limitaciones como la tenía la LDC, de aquí que considero que el agricultor como “usuario final de la semilla” bien puede ser considerado como “sujeto equiparado al consumidor” (conf. art. 1092 CCyC) al adquirir la semilla o reservar para uso propio destinado a una actividad productiva “como destinatario final en beneficio propio y de su grupo familiar o social”.

5. A modo conclusivo.

La ingeniería genética irrumpe hacia fines del siglo XX y crece en el siglo XXI mediante técnicas de transgénesis, marcadores moleculares y edición génica, sin duda a la ciencia y la tecnología le concierne preeminente importancia para la producción alimentaria, medicinal e industrial.

XIII ENCUENTRO DE COLEGIOS DE ABOGADOS SOBRE TEMAS DE DERECHO AGRARIO – Rosario, octubre 2022

Está claro que el aporte, del sector privado y aún estatal, a la ingeniería genética y fitomejoramiento vegetal, exhiben natural interés económico no sólo para I&D sino también utilidades de las empresas semilleras, de los inversores financieros o ingresos presupuestarios estatales.

No abogo por posiciones anti-agrobiotecnológicas, ni de anti-ingeniería genética, con objetivos productivos alimentarios, medicinales o de usos industriales; tampoco abogo por posiciones cornucopianas frente a la problemática resueltas únicamente por la tecnología y el mercado.

Sí abogo por la aplicación de estrictas normas de bioseguridad, por el equilibrio de los derechos de los agricultores y titulares de DOV/DPI, garantizar el acceso a la semilla sin regulaciones privadas de autorizaciones, impugnar enérgicamente cláusulas contractuales de adhesión lesivas, abusivas y violatorias del ordenamiento jurídico nacional.

Es un interrogante si los CTyLUT quedarían alcanzados por el registro de contratos de la Ley 19.231 a pesar de las Leyes 20.794, 21.617 y 22.426; los derechos económicos de los DOV/DPI exigen regulaciones y controles estatales de cláusulas como lo hace la IGJ (RG 26/04) con los contratos de adhesión a planes de ahorro previo; la SSN (Ley 20.091 – R. 889/21 (t.o.) art.23) en seguros; la ANSSAL (Ley 23.661-art.13 inc. e, f) y cc.) en salud.

La sanción del nuevo CCyC en 2015 con sus modificaciones a la LDC, a mi juicio, comprendería al agricultor, respecto de la simiente, en el régimen protectorio del artículo 42 de la CN. y art. 1092 CCyC.

XIII ENCUENTRO DE COLEGIOS DE ABOGADOS SOBRE TEMAS DE DERECHO AGRARIO – Rosario, octubre 2022

Lo ensayado exterioriza indudable incumbencia del derecho agrario y debe agendarse para profundizar estudios y análisis por su proyección futura en especial ante anuncios de iniciativas de “actualización” de la vigente LSCF 20.247.