


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN MATERIA DE LA LEY DE PROPIEDAD
INDUSTRIAL SOBRE COMERCIALIZACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE
MEDICAMENTOS GENÉRICOS FRENTE A LA RATIFICACIÓN DEL
DR-CAFTA POR PARTE DE GUATEMALA**

YUNIOR ALEXANDER PALMA PORTELA

GUATEMALA, FEBRERO DE 2010

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN MATERIA DE LA LEY DE PROPIEDAD
INDUSTRIAL SOBRE COMERCIALIZACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE
MEDICAMENTOS GENÉRICOS FRENTE A LA RATIFICACIÓN DEL
DR-CAFTA POR PARTE DE GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

YUNIOR ALEXANDER PALMA PORTELA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, febrero 2010

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Juan Carlos Godínez Rodríguez
Vocal:	Lic. Álvaro Hugo Salguero Lemus
Secretario:	Lic. Napoleón Orozco

Segunda Fase:

Presidenta:	Licda. Marisol Morales Chew
Vocal:	Lic. Julio Roberto Echeverría Vallejo
Secretario:	Lic. Rafael Morales Solares

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



LIC. LUIS EDUARDO VILLEGAS POZAS
ABOGADO Y NOTARIO

6 avenida 3-11 Zona 4 Tercer Nivel
Tel. 24112411 ext. 3003 - 55068237



Guatemala, mayo 26 2009

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable Licenciado:

En atención a la providencia de esa unidad de fecha catorce de mayo del presente año, en el que se me nombra Asesor de Tesis del Bachiller **YUNIOR ALEXANDER PALMA PORTELA**. Al estudiante, se le brindó la asesoría que se requiere para realizar este tipo de investigación del trabajo intitulada **"LA NECESIDAD DE DEROGAR EL DECRETO 11-2006 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA POR LA REFORMA ERRÓNEA QUE HIZO A LA LITERAL C) DEL ARTÍCULO 177 DE LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL (DECRETO 57-2000) POR NO SURTIR NINGÚN EFECTO JURÍDICO"**, procedí conforme al requerimiento indicado, estableciendo que la presente investigación se dirige a analizar y señalar la necesidad de derogar en la legislación el Decreto 11-2006 del Congreso de la República de Guatemala por la reforma errónea que hizo a la literal c) del artículo 177 de la ley de propiedad industrial (decreto 57-2000) por no surtir ningún efecto jurídico.

EL estudiante realizó un análisis documental y jurídico en materia mercantil, abordó los temas relacionados con la historia del derecho mercantil, las marcas, la evolución histórica del derecho de propiedad industrial en la humanidad, la propiedad industrial, delimitándolas en la legislación guatemalteca, fundamentos legales y un marco legal de



derecho comparado para la derogación dentro de nuestra legislación el Decreto 11-2006 del Congreso de la República de Guatemala por la reforma errónea que hizo a la literal c) del artículo 177 de la ley de propiedad industrial (decreto 57-2000) por no surtir ningún efecto jurídico. En el lapso de la asesoría, así como en el desarrollo del trabajo de tesis, el estudiante manifestó sus capacidades en investigación, utilizando técnicas y métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de las técnicas de investigación bibliográfica y documental que comprueba que se realizó la recolección de bibliografía acorde al tema.

La contribución científica oscila en la recolección de información de los diferentes tratadistas, que será de gran apoyo, abarcó las instituciones jurídicas relacionadas a los temas desarrollados, definiciones y doctrinas, así como el marco legal de la materia, el cual puede servir de base para otros trabajos de investigación en la rama del derecho mercantil. Además considero que el presente trabajo constituye un aporte a nuestra comunidad jurídica por su estudio analítico.

El estudiante aceptó las sugerencias realizadas durante la elaboración de la presente, y aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen, sin embargo pueden ser no compartidos y sujetos a polémica, pero en cualquier caso, se encuentran fundamentados, puesto que son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia. Con respecto a las conclusiones y recomendaciones mi opinión es que son acordes al tema investigado y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

Por lo expuesto **OPINO** que el trabajo del bachiller **YUNIOR ALEXANDER PALMA PORTELA**, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con las normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, por lo que al haberse cumplido con los requisitos mínimos establecidos en el Artículo 32 del



Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente emitir el **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo asesorado.

Con muestra de mi consideración y estima, me suscribo, como atento y seguro servidor.

Lic. Luis Eduardo Villegas Pozas
ABOGADO Y NOTARIO

LIC. LUIS EDUARDO VILLEGAS POZAS
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 8,220

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES


Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, Guatemala, veintitrés de junio de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CARLOS HUMBERTO GIRÓN MENDEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante YUNIOR ALEXANDER PALMA PORTELA. Intitulado: "LA NECESIDAD DE DEROGAR EL DECRETO 11-2006 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA POR LA REFORMA ERRÓNEA QUE HIZO A LA LITERAL C) DEL ARTÍCULO 177 DE LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL (DECRETO 57-2000) POR NO SURTIR NINGÚN EFECTO JURÍDICO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
CMCM/mbbm



LIC. CARLOS HUMBERTO GIRÓN MÉNDEZ.
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 2,305
6ª. CALLE 10-23 ZONA 11 GUATEMALA
TELÉFONO. 24717651 - 40116475



Guatemala, julio 02 de 2009

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy

Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su despacho.



Respetable Licenciado:

De conformidad con el nombramiento emitido por esa jefatura oportunamente, en el que se dispone nombrar al suscrito como Revisor del trabajo de tesis intitulado **"LA NECESIDAD DE DEROGAR EL DECRETO 11-2006 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA POR LA REFORMA ERRÓNEA QUE HIZO A LA LITERAL C) DEL ARTICULO 177 DE LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL (DECRETO 57-200) POR NO SUFRIR NINGÚN EFECTO JURÍDICO** del bachiller **YUNIOR ALEXANDER PALMA PORTELA** y para lo cual informo:

Realice la Revisión de la investigación y en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción; que consideré que en su momento serán necesarias para mejor comprensión del tema que se desarrolla; asimismo que fue oportuno modificar el tema investigado por el bachiller antes mencionado quedando establecido como nuevo título el siguiente **"CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN MATERIA DE LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL SOBRE COMERCIALIZACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE MEDICAMENTOS GENÉRICOS FRENTE A LA RATIFICACIÓN DEL DR-CAFTA POR PARTE DE GUATEMALA"**



La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia adecuada para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. En tal sentido el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante y en medida de espacio, conocimiento e investigación, ha estado apegado a las pretensiones del sustentante ya que el material es considerablemente actualizado.

En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizadas, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, cumpliendo así con los requisitos establecidos de forma y de fondo que exige el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis Revisado, para que continúe su trámite.

LIC. CARLOS HUMBERTO GIRÓN MÉNDEZ.
ABOGADO Y NOTARIO
Cot. 2,305

LIC. CARLOS HUMBERTO GIRÓN MÉNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, ocho de octubre del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante YUNIOR ALEXANDER PALMA PORTELA Titulado CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN MATERIA DE LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL SOBRE COMERCIALIZACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE MEDICAMENTOS GENÉRICOS FRENTE A LA RATIFICACIÓN DEL DR-CAFTA POR PARTE DE GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/slh



DEDICATORIA

- A DIOS:** Ser supremo que guía mi camino y que nunca me abandona para Él y por Él son todas las cosas, fuente inagotable de conocimiento y sabiduría.
- A MI MADRE:** Maria Hermelinda Portela Guerra, por darme la vida y ser parte esencial en ella, porque gracias a su amor incondicional, su apoyo, sabiduría y consejos, han logrado que hoy culmine este triunfo.
- A MIS ABUELOS:** Encarnacion Portela, Maria del Pilar Guerra, gracias por todo el tiempo que me dedicaron a lo largo de sus vidas, que Dios el todopoderoso los tenga en su gloria; en mi mente y corazón siempre vivirán.
- A MI HIJO:** Brian Alexander, por ser mis fuerzas, para no desmayar y que este logro sirva de ejemplo en su vida y Dios ilumine su camino en cada paso que de.
- A MI ESPOSA:** Por su comprensión y apoyo en todo momento.
- A MI HERMANA:** Vivian Yadira Palma Portela, gracias por su cariño y apoyo incondicional.
- A MI CUÑADO:** Rony Oswaldo Guzman, por el apoyo que me ha brindado siempre.
- A MIS TIOS:** Amparo, Aracely, Carmen, Flavio, Vila y Yolanda, gracias por su cariño, apoyo, ejemplo y consejos, que me han servido a lo largo de mi vida.

A MIS SOBRINOS: Kathy del Pilar, Ashly Yadira, Yonatan Enrique, Joel, Sayda Marisol, Karla Marleni, Lesly y Katerin, que este triunfo sea un ejemplo a seguir.

A MIS PRIMOS: Juan Carlos, Manuel, Irma, Adolfo, Donald, Yuliza, Sergio, Carlos, Kevin, Lesli, Karen y Mathew, por su cariño y apoyo incondicional.

A MIS AMIGOS: Walter Mazariegos, Gabriel Mateo, Juan Carlos Gonzales, Juan Carlos Colindres, Walter Chinchilla, Pedro Misrain, Ariel Palencia, Sonia Reyes, Sindy Irriarte, Zusan Villalta, Yuli, gracias por su paciencia, comprensión y apoyo incondicional.

A LOS LICENCIADOS: Wilber Navarro, Julia Leticia Martinez; agradecimiento muy especial por todo su apoyo y colaboración en mi preparación académica.

EN ESPECIAL A: La gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, centro de estudios donde realicé mis sueños y forjadora de mejores profesionales en el país, y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que hoy me honra con tan preciado galardón. A quien pondré muy en alto en el noble ejercicio de la profesión.

A USTED: Por su presencia.

PÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Aspectos históricos del derecho mercantil.....	1
1.1. Antecedentes del derecho mercantil.....	1
1.2. Diversas definiciones de la materia mercantil.....	2
1.3. Antecedentes históricos del derecho mercantil en Guatemala.....	3
1.4. Derecho mercantil.....	4
1.5. Características del derecho mercantil.....	5
1.6. Principios del derecho mercantil.....	7
1.7. Fuentes del derecho.....	8
1.8. Jerarquía de las fuentes.....	11
1.9. Sujetos del derecho mercantil.....	13
1.10. Clasificación de los comerciantes.....	14
1.10.1. Obligaciones de los comerciantes.....	17
1.10.2. Auxiliares del comercio.....	18

CAPÍTULO II

2. Marcas.....	23
2.1. Antecedentes de las marcas.....	25
2.2. Funciones de las marcas.....	26
2.3. Clases de marcas.....	27
2.4. Características de las marcas.....	31
2.5. Signos que pueden constituir una marca.....	32
2.6. Signos que no constituyen una marca.....	36
2.7. Las marcas frente a la competencia.....	42

	Pág.
2.8. Las marca tridimensional.....	44
2.9. La marca tridimensional en la ley de propiedad industrial de Guatemala.....	46
2.10. Fundamento del derecho de marcas.....	48
2.11. Naturaleza jurídica.....	49
2.12. Teorías que explican la naturaleza jurídica de las marcas.....	50

CAPÍTULO III

3. Evolución histórica del derecho de propiedad industrial en la humanidad.....	55
3.1. Evolución histórica del derecho de propiedad industrial en Guatemala.....	55
3.2. Convenios, arreglos y acuerdos internacionales.....	59
3.2.1. Convenio de Paris 1883.....	59
3.2.2. Arreglo de Madrid 1891.....	61
3.2.3. Arreglo de Niza, Francia 1957.....	64
3.2.4. Convenio Centro Americano Decreto 26-73.....	66
3.3. Guatemala y su adhesión al Convenio de París.....	71
3.4. Antecedentes en materia de Propiedad Industrial en la legislación Guatemalteca.....	72
3.4.1. Ley de Marcas, 882.....	72
3.5. Ley de Propiedad Industrial y su Reglamento Dto. 57-2000.....	74

CAPÍTULO IV

4. Propiedad industrial.....	77
4.1. Origen de la propiedad industrial.....	77
4.2. Elementos de la propiedad industrial.....	79
4.3. Elementos de la empresa mercantil.....	80
4.3.1. Signos inadmisibles.....	83
4.3.2. Como se extingue un nombre comercial.....	84

	Pág.
4.3.3. Invenciones, modelos de utilidad y diseños industriales	84
4.3.4. Las patentes	84
4.3.5. Modelos de utilidad	86
4.3.6. Diseños industriales	86

CAPÍTULO V

5. Acuerdos del Doha Qatar respecto al acuerdo ADPIC	87
5.1. Fines de la declaración de Doha Qatar	87
5.2. Los acuerdos de ADPIC y DOHA QATAR en el derecho internacional	88
5.3. Los tratados de ADPIC y DOHA QATAR en la legislación guatemalteca	89
5.4. Los derechos adquiridos de la firma de los Tratados de ADPIC y Doha Qatar, frente a la OMC	90
5.5. Connotación de la firma del DR – CAFTA para Guatemala y el principio constitucional de acceso a la salud	102
5.5.1. Estados Unidos de Norteamérica y la presión sobre el Estado Guatemalteco que obliga a modificar la Ley de Propiedad Industrial para la firma del tratado de libre comercio entre ambas naciones	102
5.6. La regulación del acceso a los medicamentos contenida en el DR – CAFTA y los derechos humanos del orden social	109
5.7. La impugnación constitucional del DR – CAFTA, en materia de acceso a la salud y a los Medicamentos genéricos	111
CONCLUSIONES	117
RECOMENDACIONES	119
BIBLIOGRAFÍA	121

INTRODUCCIÓN

Al realizar la selección del tema para la elaboración del trabajo, investigación preparación y presentación del plan de tesis de grado, implica en la mayoría de los casos que me haga cuestionamientos y meditaciones sobre qué aportes puedo hacer al estudio de la ciencia que me ocupa y en qué puedo ser útil a la sociedad con el esfuerzo que emprendo. Al efectuar una revisión del pensum de estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, igual que en la mayoría de las facultades del país que imparten estas ciencias, se encuentra que no existe a la fecha ningún curso sobre las consecuencias jurídicas en materia de la ley de propiedad industrial sobre comercialización y distribución de medicamentos genéricos frente a la ratificación del DR-CAFTA por parte de Guatemala, que es relacionado a la salud de los guatemaltecos.

El Estado de Guatemala sigue reflejándose ante la comunidad internacional, como una nación en vías de desarrollo, condición que le vale para obtener un trato, si no más favorable, por lo menos más tolerante en su acceso a convenciones y tratados internacionales en materia comercial. Un ejemplo de ello, lo constituye el Acuerdo General Sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual (ADPIC) relacionados con el Comercio; mediante el cual, los Estados miembros reconocen la necesidad de crear nuevas normas que regulen la aplicación de todos los acuerdos y/o convenios internacionales celebrados en materia de propiedad industrial, y que a la vez provean de eficacia jurídica a los derechos adquiridos y reclamados en cualquier momento por sus titulares en materia de comercio.

En esta declaración debe interpretarse de manera que la misma apoya el derecho de los gobiernos a proteger la salud pública; no obstante el acuerdo general sobre los ADPIC como la declaración de DOHA QATAR, forman parte del ordenamiento jurídico guatemalteco y que como parte del mismo posee un rango de norma constitucional, misma que puede hacerse valer en cualquier momento y lugar por los guatemaltecos y no digamos por nuestras autoridades y gobierno para garantizarle a los guatemaltecos su derecho y acceso a la salud así como a los medicamentos.

El objetivo general de la investigación fue establecer las consecuencias jurídicas en materia de ley de la propiedad industrial sobre comercialización y distribución de medicamentos genéricos frente a la ratificación del DR-CAFTA por parte de Guatemala; los específicos fueron: demostrar que el acuerdo general sobre los aspectos de propiedad intelectual relacionados con el comercio reconocen la necesidad de crear nuevas normas que regulen la aplicación de todos los acuerdos o convenios internacionales celebrados en materia de propiedad industrial; se estableció que en Guatemala se ha visto enfrentados a varios sectores sociales, en torno a un hecho jurídico, que va más allá de sus fronteras; ya que la Ley de Propiedad Industrial Decreto Número 57-2000, se pretende proteger de manera extraordinaria la extensión del plazo de las patentes y la exclusividad de los datos de prueba que de manera evidente y ante la atónita mirada de los guatemaltecos y comunidad internacional, favorecen única y exclusivamente a la industria farmacéutica transnacional de los Estados Unidos de América.

Se comprobó la hipótesis: sobre las consecuencias jurídicas en materia de la ley de propiedad industrial sobre comercialización y distribución de medicamentos genéricos frente a la ratificación del DR-CAFTA por parte de Guatemala. Para el desarrollo del trabajo se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, sintético, inductivo, deductivo y las técnicas de investigación tomadas en cuenta, fueron la documental y la científica jurídica.

Esta tesis está contenida en cinco capítulos, de los cuales el primero tiene como objetivo, características, fuentes y principios del derecho mercantil; el segundo, tiene el propósito de estudiar las marcas, su naturaleza jurídica; el tercero, busca establecer la evolución histórica del derecho de propiedad industrial en la humanidad, los convenios y arreglos y acuerdos internacionales; el cuarto capítulo, está relacionado con la propiedad industrial, elementos de la propiedad industrial y el quinto trata de los fines de la declaración de Doha Qatar, los acuerdos sobre ADPIC y DOHA QATAR en el derecho internacional, la connotación de la firma del DR- CAFTA para Guatemala y el principio constitucional de acceso a la salud.

CAPÍTULO I

1. Aspectos históricos del derecho mercantil

El derecho mercantil es una disciplina bastante joven en comparación con otras ramas del derecho, esto según acontecimientos históricos, muy precisos, que nos relatan como evolucionó a través del tiempo la civilización. En la cual, el hombre usaba lo que la naturaleza le proveía solamente para su consumo y el de su familia y no fue hasta su desarrollo intelectual que pensó en el intercambio de productos.

Un acontecimiento histórico que marca el desarrollo de la civilización es la división del trabajo, implementado por Federico Engels en su obra el origen de la familia, la propiedad y el estado, a partir de esta división surge con mucho auge el comercio creándose la figura del mercader, pero este nombre era sinónimo de la persona que hacía circular las mercancías, igualmente surge el comerciante, y el producto elaborado para el consumidor final se llamó mercancía o mercadería.

1.1. Antecedentes del derecho mercantil

En la Grecia clásica, se desarrolla el comercio aceleradamente por su cercanía con el mar mediterráneo, aprovechando de esta manera el mar para trasladar las mercancías de un lugar a otro, y esto originó que la fuerza económica de aquel entonces fuera el comercio, esto dio origen a varias figuras que aun hoy en día se conocen en nuestra legislación tales como la echazón, en donde el capitán del barco podía echar la mercancía al mar para alivianar el peso, de la embarcación y evitar el encallamiento, sin tener responsabilidad, en el derecho mercantil moderno se le conoce como avería

gruesa. También importante aporte fueron las leyes Rodias, que surgieron en la Isla de Rodas, y que no eran más que un conjunto de leyes destinadas a regir el comercio marítimo, lo anterior denota la importancia de la navegación como medio de transporte de mercaderías y como ayuda al desarrollo del comercio.

1.2. Diversas definiciones de la materia mercantil

A continuación, con el fin de desarrollar una noción más certera acerca del derecho mercantil, se analizara los conceptos y definiciones que algunos autores proporcionan sobre la materia. “El derecho mercantil es una rama del derecho privado que tiene por objeto regular las relaciones entre los comerciantes y aquellas personas que sin ser comerciantes ejecutan actos de comercio”.¹

“El derecho mercantil es aquel que regula los actos de comercio pertenecientes a la explotación de las industrias mercantiles organizadas (actos de comercio propios) y los realizados ocasionalmente por comerciantes y no comerciantes (actos de comercio impropios), que el legislador considera mercantiles, así como el estatuto del comerciante o empresario mercantil individual y social y los estados de anormalidad en el cumplimiento de sus obligaciones”.² El derecho mercantil, puede definirse como el conjunto de normas jurídicas que se aplican a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a los comerciantes en el ejercicio de su profesión.

¹. Villegas Lara, Rene. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 145.

² Ramírez Valenzuela Alejandro. **Introducción al derecho mercantil y fiscal**. Pág. 8.

Se dice que el derecho mercantil es la rama que regula las relaciones nacidas del comercio y de los actos que históricamente se le han asimilado, así como las obligaciones impuestas a las personas que consideran comerciantes

1.3. Antecedentes históricos del derecho mercantil en Guatemala

Guatemala en la época colonial regía sus relaciones jurídicas por las leyes de indias, las leyes de castilla, las siete partidas y las ordenanzas de Bilbao, estas regulaban el comercio. “El 11 de diciembre de 1793 se creó el consulado de comercio en Guatemala, la cédula que creó el consulado separó la justicia mercantil de los tribunales comunes, reservando a los jueces el conocimiento de los negocios de comercio, claro está cuidando mas los interesases de la corona española que la de los comerciantes”.³

La economía del estado español se regía por dos principios el exclusivismo colonial y la teoría de los metales preciosos. En 1821, con la independencia de Centro América aún siguen vigentes algunas leyes de España, pero en el gobierno de Mariano Gálvez, resustituyeron las leyes españolas por los códigos de Livingston, que eran un conjunto de normas elaboradas por Eduardo Livingston las cuales eran disposiciones que regían al comercio. Sin embargo con el gobierno de Rafael Carrera se estancaron los avances legislativos en cuanto a esta normativa ya que retrocedió a las leyes españolas y se prolongo todo el período de gobierno hasta en 1871, cuando se dio la renovación legislativa impulsada por la revolución, en 1877, se promulgaron los nuevos códigos de Guatemala en el que se incluyó un nuevo código de comercio con una ley especial de

³ Villegas Lara, Rene. **Ob. Cit.** Pág. 261.

enjuiciamiento mercantil, y se emitió como Decreto gubernativo número 191 de fecha 20 de julio de 1877.

“Luego en 1942, se promulgó un nuevo código de comercio contenido en el Decreto 2946 del Presidente de la República de Guatemala en la que se reúne en un mismo cuerpo una serie de leyes y convenciones internacionales en materia de letra de cambio, pagaré y cheque”.⁴ En 1970, se promulgó el Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala que contiene el actual código de comercio, en el que se desarrollan postulados modernos acerca del comercio en general incorporó instituciones del derecho mercantil totalmente nuevas adaptándose a las necesidades del derecho del comercio actual, se tomaron en cuenta otros códigos de Centro América con la idea de unificar la legislación para lo que sería el llamado mercado común centroamericano. Es importante señalar la creación del Registro Mercantil, se incorporo la factura cambiaría en cuanto a contratación se traslada el contrato de fideicomiso, y los que se refieren a radiodifusión de la representación escénica, además la expresión legal del derecho mercantil guatemalteco no se limita al actual código de comercio, sino también a una serie de leyes conexas del ordenamiento jurídico del país.

1.4. Derecho mercantil

En la mitad del siglo pasado las bases capitalistas abrogaron por limitar la autonomía del derecho mercantil, característica de esta rama del derecho y base de la contratación civil, debido a las doctrinas liberalista, la idea era que el estado interviniera en toda

⁴ Garriges, Joaquín. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 319.

contratación mercantil, en los estados socialistas esto se logro de una manera absoluta por lo que se pensó en un derecho administrativo mercantil, y que el derecho mercantil actual estaba condenado a desaparecer, pero fue hasta la desintegración del bloque de países socialistas, que se pudo sintetizar la actividad comercial y sujetarse a leyes y costumbres con base a los siguientes postulados:

- Retirar al estado de sujeto comerciante.
- Que en el desarrollo del comercio no haya monopolios ni privilegios.
- Adaptar la legislación nacional a la práctica de una economía mundial globalizada.

Con esto se pretende reducir la intervención del estado en las relaciones comerciales pero siempre garantizando la libertad individual de el comerciante, y la protección del comercio en general, no es que se quiera anular al estado de la actividad comercial, sino que intervenga lo menos posible y que solo a través de regulaciones legales proteja y garantice la libre actividad comercial, prohibiendo por ejemplo las sociedades mercantiles inadecuadas o de ilícito comercio buscando proteger también al consumidor.

1.5. Características del derecho mercantil

Según la materia que se trata, así son las características de cada rama del derecho, y el derecho mercantil exige para su mejor desarrollo rapidez, poco formalismo en las transacciones nacionales como internacionales.

- a) Tiende a ser internacional: Esta característica es eminentemente importante en la actualidad por el fenómeno de la globalización económica de los países más desarrollados, y ahora con la firma del tratado de libre comercio, entre Estados Unidos y los países que ya se ha adherido a él, pues ahora la mayoría de los productos ya no son solamente para un mercado local sino que se venden a nivel internacional, y siempre el derecho mercantil al ser internacional protege los intereses del comerciante en general.
- b) Posibilita la seguridad del tráfico jurídico: El derecho mercantil le da certeza jurídica a la contratación mercantil a pesar de ser poco formalista, debido a que el comercio se mueve aceleradamente no se puede exigir un sinnúmero de formalidades, entonces se respalda en los principios la verdad sabida, la buena fe guardada, de manera que ningún acto posterior puede desvirtuar lo que las partes ha pactado al momento de la contratación mercantil.
- c) Es poco formalista: Esta característica de poca formalidad no significa que no se tengan que respetar ciertos lineamientos y que la contratación mercantil no esté reglamentada solo si hacemos una comparación con el derecho civil por ejemplo exige para acreditar la representación exige una escritura de mandato, en cambio el derecho mercantil permite celebrar ciertos contratos sin acreditar representación alguna por ejemplo el contrato de transporte, en el que el chofer del autobús le da su boleto la persona paga, y se celebra un contrato mercantil sin mayores formalismos.

- d) Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar: Esta característica está íntimamente relacionada con la poca formalidad del derecho mercantil, pues lo negocios en el ámbito mercantil debe ser rápidos, y libres esto significa que los contratos atípicos, pueden celebrarse con libertad en cualquier momento por los contratantes, y ningún juez puede excusarse de conocer los conflictos que surjan de este contrato por no estar nominado en la ley.
- e) Adaptabilidad: “en el tráfico comercial significa que el comercio cambia constantemente que no es estático, claro está el derecho mercantil debe ir de la mano con los cambios que sufre el comercio tanto interno como externo por lo que se va adaptando a la realidad y a los fenómenos que se susciten dentro del ámbito mercantil”.⁵

1.6. Principios del derecho mercantil

En el estudio del derecho mercantil se ha podido desprender que tanto características como principios deben interactuar para una mejor interpretación del derecho en cuanto a las transacciones mercantiles, siendo los principios base importante dentro del tema que se está tratando me permito enumerarlos a continuación:

- La buena fe
- La verdad sabida
- Toda prestación se presume onerosa
- Intención de lucro

⁵ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. **Derecho mercantil**. Pág. 284.

- Ante la duda se debe resolver del modo más favorable para la segura circulación.

1.7. Fuentes del derecho

La palabra fuente significa origen de donde nace, o cual ha sido el surgimiento, que lo fundamental, se estudiara únicamente las fuentes formales del derecho mercantil, que son:

a) La costumbre, b) La jurisprudencia, c) La ley, d) La doctrina, d) y el contrato.

a) La costumbre.

Según Manuel Ossorio, “es la repetición de actos de la misma especie, la que establece en materia no regulada o sobre aspectos no previstos en la ley esta costumbre se denomina sin ley o fuera de ley y está llamada a llenar lagunas legales, y representa en este aspecto una de las fuentes del derecho”.⁶ En la legislación guatemalteca el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial le da a la costumbre la categoría de fuente formal del derecho, y por lo mismo al uso de la misma en defecto de ley aplicable al caso concreto y siempre y cuando no sea contraria, a la moral, y al orden público. Los usos sean locales o internacionales pueden servir para normar una situación mercantil que la ley no contempla, y en el mismo cuerpo legal se regula la forma de interpretación de la ley en el Artículo 10.

b) La Jurisprudencia.

⁶ Ossorio Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales.** Pág. 200.

Como fuente complementaria del derecho está regulada en la Ley del Organismo Judicial, en el Artículo 2, para Manuel Ossorio jurisprudencia es la interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a casos concretos sometidos a su jurisdicción, así pues la jurisprudencia está formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del poder judicial sobre una materia determinada.⁷ Sin embargo en algunos países en donde los tribunales no cuentan con el recurso de casación se considera que no todos los fallos judiciales sientan jurisprudencia los de dichos tribunales de casación, que constituyen la más alta jerarquía dentro de la organización judicial, y cuya doctrina es de obligatorio acatamiento, para todos los jueces y tribunales sometidos a su jurisdicción, de este modo se afianza la certeza jurídica porque donde la casación no existe cada tribunal o juez tiene libertad para sentenciar conforme a su criterio.

En la legislación guatemalteca específicamente en el Artículo 626 del Código Procesal Civil y Mercantil se regula la jurisprudencia textualmente la norma regula en el tercer párrafo si se alegare infracción de doctrina legal, deben citarse por lo menos cinco fallos uniformes del tribunal de casación, de acuerdo con lo anterior cuando se producen cinco fallos reiterados en juicios sometidos a conocimiento de la corte suprema de justicia por medio del recurso de casación se genera doctrina legal que puede citarse como fundamento de pretensiones similares.

c) La ley.

La ley como fuente de derecho mercantil nace desde la Constitución Política de la República de Guatemala específicamente, pues como ley suprema regula lo

⁷ **Ibid.** Pág. 315.

relacionado al comercio, en su Artículo 43 establece se reconoce la libertad de industria, comercio y trabajo salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes. Dichos preceptos constitucionales son desarrollados en el Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala y demás leyes y reglamentos que norman la actividad de los comerciantes, las cosas y los negocios mercantiles.

d) La doctrina.

La doctrina como fuente de derecho es el conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del derecho que explican y fijan el sentido a las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aún no legisladas, tienen importancia como fuente mediata de derecho pues el prestigio y la autoridad de destacados juristas influyen a menudo sobre la labor del legislador e incluso en la interpretación judicial de los textos vigentes. La doctrina debe ir de la mano con la ley y con la práctica, en teoría pero en la práctica no es así, siempre el lento proceso legislativo se va quedando atrasado en cuanto a celeridad del derecho mercantil, entonces los principios que antes mencionamos, nos sirven como coadyuvantes en la interpretación de los contextos legales por lo anterior se deduce que la doctrina puede funcionar como la costumbre, solo que con mayor fundamentación por los conocimientos científicos que aporta jugando un papel preponderante dentro del contexto del derecho mercantil.⁸

⁸ Gonzalez Chacón, Rosa Maria Trabajo de tesis. **La propiedad industrial e intelectual.** Pag. 77.

e) El contrato.

Olvidando por un momento la teoría kelsiana en donde la única fuente del derecho es la ley y pasemos a considerar el contrato como fuente de derecho mercantil, porque como ya dijimos la fuente es donde nace la obligación o donde surge la norma. El contrato genera obligaciones pero solamente para las partes contratantes específicamente o sea que en sentido estricto sería una fuente particular, según Manuel Osorio “existe contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.⁹

Garriges Joaquín lo define como “el acuerdo de voluntades entre dos o más personas con el objeto de crear entre ellas un vínculo de obligaciones y también es un documento escrito destinado a probar una convención, los contratos han de ser celebrados entre personas capaces, y no han de referirse a cuestiones prohibidas o contrarias a la moral o a las buenas costumbres”.¹⁰ Los contratos lícitos obligan a las partes contratantes en iguales términos que la ley. En la práctica mercantil existen contratos típicos como atípicos, contratos normativos.

1.8. Jerarquía de las fuentes

Ante la presencia de un negocio en concreto en principio y de manera espontánea, como en todo sistema de derecho escrito, se aplica la norma mercantil escrita (la particular antes que la general) a no ser que la hipótesis no se encuentre prevista en ella, en cuyo caso se estará, de existir, a lo dispuesto por la costumbre, de encontrarse

⁹ Osorio Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 318.

¹⁰ Garriges Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** Pág. 15.

previsto el caso en una norma taxativa escrita, pero existiendo una costumbre en contrario se aplicará siempre la norma posterior, ya sea escrita o consuetudinaria.

De no haber disposición escrita o consuetudinaria aplicable al caso, se acudirá a los usos. Si a pesar de lo anterior no se encuentra norma aplicable al caso concreto, consideramos se debe acudir a la integración por analogía por ello estimamos que el derecho mercantil es un derecho especial, es decir, un derecho, nacido por circunstancias históricas, que se refiere a cierta categoría de personas, cosas y relaciones; y precisamente por su especialidad es posible su integración por analogía. Si después de haber recorrido a las reglas anteriores, no es posible encontrar una norma aplicable al caso, la integración se hará recurriendo a los principios generales del derecho en atención a los principios del derecho mercantil según los establece el Artículo 1 de Código de Comercio.

Cuando se hace referencia del derecho mercantil conceptual izándolo como derecho del comercio, nos encontramos en un error garrafal porque el derecho mercantil comprende algo más que las relaciones jurídicas comerciales, también está conformado por instituciones jurídicas que de ninguna forma persiguen una finalidad comercial.

El derecho mercantil no ha sido obra de legisladores y juristas sino que apareció y se desarrollo de forma empírica para satisfacer necesidades de las personas que se dedicaban habitualmente al cambio, resolviendo con ello las deficiencias del derecho común.

En este orden de ideas el derecho mercantil tiene que ocuparse de todo lo relativo:

- A los principios constitucionales que se refieran a la libertad mercantil.

- A la legislación sobre impuestos que graviten sobre el comercio interior y exterior.
- A las leyes que determinen los límites que por motivo de interés público, bien o mal entendido, restrinjan la libertad de comercio o le concedan privilegios o franquicias. A las leyes que establecen autoridades, corporaciones o funcionarios encargados de intervenir oficialmente en los diversos ramos de la actividad comercial.
- A las instituciones no oficiales, aunque si autorizadas, permitidas o reconocidas por la ley, y que se dedican, ya a grandes operaciones mercantiles, ya a desempeñar funciones reguladoras del comercio o servir de intermediario entre el comercio y el gobierno o sus agentes; y
- Al derecho marítimo y a la legislación internacional en materia de comercio.¹¹

1.9. Sujetos del derecho mercantil

Comerciante: según Manuel Ossorio comerciante es la persona individual que con capacidad legal para contratar ejerce por cuenta propia o por medio de personas que lo ejecutan por su cuenta, actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual.¹² En sentido más amplio toda persona que hace de profesión de la compra y venta de mercaderías. En el Artículo 2 del Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, se establece que es comerciante la persona quien ejerce en

¹¹ Ramírez Valenzuela, Alejandro. **Ob. Cit.** Pág.50.

¹² Ossorio Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 491.

nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieran a lo siguiente:

La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios.

- La intermediación en la circulación de bienes y en la prestación de servicios.
- La banca, seguros y fianzas.
- Las auxiliares de las anteriores.

El comerciante debe ser hábil para obligarse de conformidad con lo establecido en el Artículo 6 del Código Civil. Y haber obtenido la capacidad de ejercicio que se adopta al cumplir la mayoría de edad. Y las personas jurídicas que de conformidad con la ley tengan capacidad para contraer obligaciones y derechos. Y además también tenemos el comerciante social que se constituye con sociedades mercantiles, tal y como lo establece el Artículo 10 del Código de Comercio que establece las sociedades organizadas bajo una forma mercantil son: la sociedad colectiva, la sociedad en comandita simple, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima, la sociedad en comandita por acciones.

1.10. Clasificación de los comerciantes

Los Artículos 2 y 3 del Código de Comercio definen al sujeto por antonomasia del derecho comercial: el comerciante y considera tres clases de ellos: el comerciante que deviene tal a virtud del ejercicio del comercio, quien generalmente es una persona física, pero que también puede ser una sociedad irregular; el comerciante social, o sea,

las sociedades que adquieren tal carácter antes de realizar actividad alguna, por el mero cumplimiento de formalidades y de requisitos de publicidad; y el tercero, sociedades extranjeras y agencias y sucursales de ellas, las cuales también asumen el papel de comerciantes en función del ejercicio de actos de comercio dentro del territorio nacional. Son comerciantes las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio hacen de él su ocupación ordinaria; esta definición genérica cubre a las personas físicas y morales o sociedades es así que la figura del comerciante, tan básica y elemental para nuestro estudio se divide en dos:

- Persona colectiva.
- Sociedades de personas.

El elemento personal que las compone (la persona del socio) es pieza esencial, porque significa una participación en la firma social, con la consiguiente aportación del crédito social, por la responsabilidad del patrimonio colaboración en la gestión.

- Sociedades de capitales.

En las sociedades de capitales, el elemento personal se disuelve en cuanto a su necesidad concreta de aportación. El socio elemento personal importa a la sociedad por su aportación, sin que cuenten sus cualidades personales. La persona del socio queda relegada a un segundo término, escondida, por así decirlo, detrás de su aportación.

- Sociedades irregulares.

La irregularidad de las sociedades mercantiles puede derivar en el incumplimiento de mandato legal que exige que la constitución legal de las mismas se haga constar en escritura pública o del hecho de que, aun constando en esa forma, la escritura no haya sido debidamente inscrita en el registro de comercio. Las sociedades mercantiles con esos defectos se conocen con el nombre de sociedades irregulares.

- Requisitos para ser comerciante.

Desde el punto de vista jurídico, cualquier persona física o moral puede ejercer el comercio, ya que la ley no enumera propiamente ciertos requisitos para poder ejercer el comercio (aunque si marca algunas de las características que deberá tener este) de hecho el Artículo 2 del Código de Comercio refiere como comerciantes a aquellos que realizan actividades de tipo mercantil, sin embargo, la ley nos dice quienes no podrán ejercer el comercio y de estas premisas podemos decir que los requisitos para ser comerciante son:

- Tener capacidad jurídica de ejercicio.
- Ejercer de forma cotidiana los actos reputados de comercio.
- Tener al comercio como ocupación ordinaria.
- Llenar los requisitos administrativos y legales para el ejercicio de dicha profesión.
- No ser corredor público.

- Si ha sido quebrado estar rehabilitado legalmente para poder volver a ejercer el comercio.
- No estar en estado de interdicción.
- En caso de ser extranjero, tener autorización legal expresa para ejercer el comercio.
- Entre otros.

1.10.1. Obligaciones de los comerciantes

La ley mercantil impone a todos los comerciantes, por el solo hecho de tener tal calidad, diversas obligaciones, aunque en este apartado nos referiremos casi exclusivamente a aquellas obligaciones impuestas por el derecho mercantil, y no a las de tipo administrativo, fiscal, sanitario, etc., que también deben cumplir los comerciantes.

- El registro de comercio.

Los comerciantes deberán inscribir en el registro de comercio aquellos documentos cuyo tenor y autenticidad deban hacerse notorios, así como: las escrituras constitutivas de las sociedades mercantiles, la disolución de las sociedades mercantiles, el nombramiento de los liquidadores de las sociedades mercantiles, los acuerdos de fusión, transformación y escisión de las sociedades mercantiles, etc.

La inscripción en el registro de comercio es potestativa para los comerciantes individuales, por el contrario, dicha inscripción es obligatoria para las sociedades mercantiles.

- Contabilidad mercantil.

Todos los comerciantes están obligados a mantener un sistema de contabilidad de acuerdo con las disposiciones del propio código de comercio. El comerciante está obligado a llevar y mantener un sistema de contabilidad adecuado. Este sistema podrá llevarse mediante los instrumentos, recurso y sistemas de registro y procesamiento que mejor se acomoden a las características particulares del negocio, pero en todo caso deberá satisfacer los siguientes requisitos mínimos: a) permitirá identificar las operaciones individuales y sus características, b) permitirá seguir la huella desde las operaciones individuales hasta las cifras finales de las cuentas y viceversa.

- Permitirá la preparación de los estados que se incluyan en la información financiera del negocio.

1.10.2. Auxiliares del comercio

El comerciante, en el ejercicio de su empresa, requiere la colaboración de otras personas; de la actividad y servicios ajenos.

Esta colaboración puede ser meramente de carácter intelectual o material (como en el caso de los abogados, contadores, ingenieros, obreros, etc.), o además, de carácter jurídico, esto es, con poder de representación.

Precisamente aquellas personas que, además de prestar su actividad material o intelectual, colaboran jurídicamente con el comerciante, actuando, en menor o mayor grado, en su representación, son los llamados auxiliares del comerciante. Es, pues, una característica de los auxiliares del comerciante tener en diferente grado facultad de representación.

Los auxiliares autónomos, por el contrario, no forman parte de la organización de la empresa y se encuentran, por tanto, en una posición independiente respecto al comerciante. Son auxiliares dependientes, los factores y los dependientes del comercio; son auxiliares autónomos: los corredores, los comisionistas y los agentes.

- Dependientes del comercio.

Son dependientes las personas que desempeñan constantemente alguna o algunas gestiones propias de una empresa mercantil, en nombre y por cuenta de su titular (el comerciante).

Todo comerciante, en el ejercicio de su tráfico, podrá constituir dependientes. Los actos de los dependientes, obligarán a su principal en todas las operaciones que le tuvieren encomendadas

- Factores.

Todo comerciante, en el ejercicio de su tráfico, podrá constituir factores. Son factores las personas que tienen a su cargo la dirección de alguna empresa o están autorizados para contratar respecto a todos los negocios que conciernen a la misma. Nombre del

titular empresa. En la práctica, los factores son mejor conocidos con el nombre de gerentes o administradores.

- Corredores.

El corredor es el agente auxiliar del comercio con cuya intervención se proponen y ajustan los actos, contratos y convenios y se certifican los hechos mercantiles esta figura es tan importante dentro del derecho mercantil que es regulada en el Artículo 292 del Código de Comercio y lo define como la persona que en forma independiente y habitual se dedica a poner en contacto a los interesados en la conclusión de un negocio sin estar ligado a ninguna de las partes por relaciones de colaboración, dependencia o representación.

Al corredor público corresponde según el Artículo 295 del Código de Comercio:

- Responder de la entidad de las personas que contrataren por su mediación y asegurarse de su capacidad legal; si intervinieren en contratos celebrados por personas incapaces, responderán de los daños y perjuicios que resultares directamente de la incapacidad.
- ✓ A ejecutar por si mismos las negociaciones que se les encomendare
- ✓ A proponer los negocios con exactitud, claridad y precisión.
- ✓ A asistir a la entrega de los objetos, material del negocio cuando alguno de los contratantes lo exija.

- ✓ A responder, en las operaciones sobre títulos de crédito, de la autenticidad de la firma del último endosante o del girador en su caso y a recogerlos para entregarlos al tomador.
- ✓ A conservar marcada con su sello y con los de los contratantes, mientras el comprador no las reciba a su satisfacción. Una muestra de las mercaderías, siempre que la operación se hubiere hecho sobre muestras.
- ✓ A expedir a costa de los interesados que lo pidieren o por mandato de autoridad certificación de los asientos correspondientes a los negocios en que haya intervenido.
- ✓ A extender al comprador una lista firmada y completa de todos los títulos negociados con su intervención, con indicación de todos los detalles necesarios para su debida identificación.
- ✓ A anotar en su registro los extremos esenciales de los contratos en que haya intervenido.
- ✓ Guardar secreto en todo lo que concierne a los negocios que se les encarguen a menos que por disposición de la ley, por la naturaleza de las operaciones o por el consentimiento de los interesados puedan o deban dar a conocer los nombres de estos.

- Comisionistas.

Comisionista es la persona que desempeña una comisión mercantil: comitente el que la confiere. El mandato aplicado a los actos concretos de comercio, se reputa comisión mercantil. Los actos absolutamente comerciales que integran la primera categoría son estos: Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles. Los contratos relativos a las obligaciones del estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio.

- Los depósitos por causa de comercio.

Los cheques, las letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas. Los valores u otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio. Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior. Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles.

CAPÍTULO II

2. Marcas

Nuestra legislación brinda una definición de marca, según el Artículo 4 del Decreto Número 57-2000 del Congreso de la República, Ley de Propiedad Industrial "todo signo denominativo, figurativo, mixto, tridimensional, olfativo, sonoro o mixto, que sea apto para distinguir los productos o servicios de otros similares del mercado, de una persona individual o jurídica, de los de otra y pueda ser objeto de una representación gráfica".¹³

Lo más relevante de esta definición es que una marca debe ser capaz de diferenciarse de otras marcas de la misma naturaleza que procedan de diferente titular.

Una marca también puede ser un signo que permita diferenciar los productos o servicios de una empresa de los de las demás; distinguir un producto de otro o un servicio de otro. La marca juega un papel importante en el comercio; su función distintiva le permite al consumidor adquirir según desee. La marca es, a la vez, un vehículo de la competencia que permite que los productos o servicios sean identificados por los consumidores.

Según Guillermo Cabanellas la marca es "la señal o distintivo que el fabricante pone a los productos característicos de su industria"¹⁴. Una marca es cualquier signo que permite distinguir, en el mercado, los bienes o servicios producidos o prestados por una persona de los de otra. Las marcas, en su mayoría, no consisten en creaciones

¹³ Amor Fernández, Antonio. **La propiedad industrial en el derecho internacional**. Pág. 218.

¹⁴ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 134.

intelectuales, la mayoría de marcas constan de elementos que han sido adaptados para poder identificar productos o servicios, pero éstas siempre deben tener un carácter distintivo y ser perceptibles visualmente.

Normalmente las marcas pueden consistir en palabras, letras, números, dibujos, fotos, formas, colores, logotipos, etiquetas o una combinación de estos elementos, signos sonoros u olfativos. Su principal función es la de lograr identificar el producto o servicio con el consumidor. Las marcas desempeñan un papel muy importante en las estrategias de desarrollo y comercialización, contribuyen a lograr una mejor imagen y una buena reputación entre el comerciante y el consumidor.

Según el Artículo 16 del Decreto 57-2000 del Congreso de la República, Ley de Propiedad Industrial, una marca puede constituirse en los siguientes signos: "...palabras o conjuntos de palabras, letras, cifras, monogramas, figuras, retratos, etiquetas, escudos, estampados, grabados, viñetas, orlas, líneas y franjas y combinaciones y disposiciones de colores, así como cualquier combinación de estos signos. Pueden así mismo constituir en marcas sonoras y olfativas, en la forma, presentación o acondicionamiento de los productos, sus envolturas o empaque, el medio de expendio de los productos o los servicios correspondientes, y otros que a criterio del Registro tengan aptitud distintiva...".

2.1. Antecedentes de las Marcas

En la antigüedad los griegos acostumbraban el nombre sobre sus obras de arte, estatuas, vasos, monedas; posteriormente en el mundo romano esta modalidad se amplió no solo a obras de arte, sino también a objetos de la vida práctica como lo son las ollas de cocina, los materiales de construcción, los vinos. La marca era utilizada por los romanos como una marca individual que servía para identificar al fabricante y al lugar de producción. Signos distintivos muy parecidos a las marcas fueron utilizados en China para identificar el nombre del autor de las piezas de porcelana, el lugar de producción y el destino para el cual habían sido creadas. En Egipto y Mesopotamia también se utilizaron signos parecidos a marcas, principalmente para lograr un prestigio profesional respecto a un producto.

En la edad media las marcas no tuvieron la función que actualmente cumplen ya que servían como identificación personal. En esta época los signos distintivos se utilizaban para identificar la propiedad respecto de animales, objetos domésticos y bienes transportados a larga distancia. Un gran aporte al derecho de marcas en esta época lo dieron las corporaciones, las cuales implementaron la obligatoriedad de usar signos que las distinguieran. Las funciones de estos signos no solo servían para identificar la procedencia del producto, también servían para proteger al consumidor por medio de un control de calidad. En las épocas moderna y contemporánea surgen numerosas normas dirigidas a la protección de las marcas. En 1554 el rey Carlos V emitió un edicto dirigido a proteger las marcas de los tapices flamencos. En Francia se aplicaron normas penales a los imitadores de marcas. El verdadero desarrollo del derecho de

marcas se da en la revolución industrial. Esto se da en virtud de la producción masiva y la relación entre productores y consumidores. En Alemania en 1847 se da una ordenanza encaminada a dar cumplimiento al régimen marcario de origen medieval.

A partir del siglo XIX se llegó a determinar que aproximadamente treinta y dos países contaban con regulación marcaría. Una de las instancias decisivas de esta divulgación fue el Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial.

2.2. Funciones de las Marcas

Las marcas cumplen varias funciones, entre las cuales puede mencionarse:

1. Garantizar que los consumidores distingan los productos.
2. Permitir a las empresas diferenciar los productos o servicios.
3. Ser un instrumento de comercialización que permita proyectar una imagen y una reputación favorable a la empresa.
4. Ser objeto de concesión de licencias y proporcionar una fuente directa de ingresos a través de regalías.

5. Representar un factor determinante en los contratos de franquicia.
6. Ser importantes activos comerciales.
7. Incentivar a las empresas a invertir en el mantenimiento o mejora de la calidad del producto o servicio.
8. Ser útiles para obtener un financiamiento.
9. Ser bienes muebles susceptibles de gravarse o enajenarse.

2.3. Clases de Marcas

Las marcas pueden clasificarse: Según el tipo de marca, según la forma, o según representación de la marca.

A) Marcas de Fábrica o de comercio

Estas marcas tienen como fin identificar un producto que ha sido fabricado por una empresa en particular.

B) Marcas de Servicio

Estas marcas tienen como fin identificar un servicio que es suministrado por una empresa en particular.

C) Marcas Colectivas

Son aquellas marcas que identifican ya sea un producto que es fabricado o un servicio que se presta por parte de los miembros de una misma asociación. Estas marcas pueden ser usadas únicamente por la asociación o grupo que las ha solicitado, por ende solo pueden ser registradas por una persona jurídica.

El fin de estas marcas es lograr el prestigio y reconocimiento por parte de los consumidores, de un grupo determinado de personas. En nuestra legislación es necesario que cumplan con requisitos especiales que no son aplicables a las demás marcas, como lo es el tener un reglamento y el no poder ceder sus derechos en una licencia de uso a terceras personas que no formen parte de la asociación. Según el Artículo 4 de la Ley de Propiedad Industrial Decreto Número 57-2000 del Congreso de la República, la marca colectiva es "aquella cuyo titular es una persona jurídica que agrupa a personas autorizadas por el titular a usar la marca".¹⁵

D) Marcas de Certificación

Son aquellas marcas que identifican, ya sea un producto o servicio, que cumple con un conjunto de normas que han sido autorizadas por la entidad de certificación. Este tipo de marcas, deben cumplir con determinado estándar de calidad y control, el cual es certificado por la institución propietaria de la marca. La marca de certificación dentro de

¹⁵ Aracana Zorraquin, Ernesto. **El agotamiento de los derechos de la marca y las importaciones paralelas.** Pág.192.

nuestra legislación, en materia de propiedad industrial. Tiene ciertos requisitos especiales, tales como tener un reglamento y que su propietario solo puede ser una persona jurídica que realice actividades de certificación de calidad. Las marcas de certificación pueden ser propiedad de una entidad privada ya sea internacional o nacional, o pueden ser propiedad de una entidad pública.

En el caso de que sea una entidad pública, el registro tiene vigencia indefinida. Según el Artículo 4 de la Ley de Propiedad Industrial Decreto Número 57-2000 del Congreso de la República la marca de certificación es "una marca que se aplica a productos o servicios cuyas características o calidad ha sido controladas y certificadas por el titular de la marca". Un ejemplo de marca de certificación en Guatemala es la GRUPO H.

F) Marcas Notorias

Son aquellas marcas conocidas en cierto mercado y que gozan de una mayor protección. Para muchas legislaciones la marca notoria es una excepción al principio de territorialidad de la ley, ya que éstas por ser tan conocidas son protegidas contra el uso de terceros no autorizados, aún cuando no estén registradas. Las marcas notorias deben cumplir con el requisito de especialidad, ya que aunque son conocidas, el conocimiento y reputación del que gozan se suscribe a cierto mercado de la industria.

Las marcas notorias pueden eventualmente convertirse en marcas famosas o renombradas, estas marcas son una excepción al principio de especialidad. Nuestra legislación en el Artículo 4 del Decreto Número 572000 del Congreso de la República,

Ley de Propiedad Industrial, no las define específicamente como marcas notorias, las define como signos distintivos notoriamente conocidos "cualquier signo que es conocido por el sector pertinente del público, o en los círculos empresariales, como identificativo de determinados productos, servicios o establecimiento y que ha adquirido ese conocimiento por su uso en el país o como consecuencia de la promoción del signo, cualquiera que sea la manera por la que haya sido conocido".¹⁶

El Artículo 6 bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial indica lo siguiente de las marcas notorias y su protección en los Estados parte los países de la Unión se comprometen, bien de oficio, si la legislación del país lo permite, bien a instancia del interesado, a rehusar o invalidar el registro y a prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio que constituya la reproducción, imitación o traducción, susceptibles de crear confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio y utilizada para productos idénticos o similares.

Ocurrirá lo mismo cuando la parte esencial de la marca constituya la reproducción de tal marca notoriamente conocida o una imitación susceptible de crear confusión con ésta..."

¹⁶ **ibíd.**

2.4. Características de las marcas

Las características o requisitos de las marcas son la novedad, especialidad, licitud, y originalidad, los cuales serán desarrollados más adelante.

2.4.1. Novedad

La novedad consiste en el poder distintivo de un signo. Esa capacidad propia que el signo posee para poder identificar un producto o servicio y a la vez diferenciarlo de otros de la misma naturaleza en un mercado. Hay autores que afirman que el carácter distintivo es el requisito esencial y que engloba tanto la novedad como la especialidad.

Espinoza Guzmán Sylvia, opina que "para que una marca sea distintiva tiene que ser suficientemente original para forzar la atención y diferente de aquellas empleadas por los competidores",¹⁷ o sea debe ser novedosa. Una marca debe ser capaz de evocar en el consumidor la procedencia del producto o servicio. La novedad consiste en la capacidad de la marca en equiparar un objeto (entendiéndose como producto o servicio) al punto de que el consumidor pueda reconocerla. La novedad está ligada al nivel creativo que posea una marca.

2.4.2. Especialidad

La especialidad va dirigida por una parte a que la marca sea registrable, o sea lo suficientemente diferente de las otras marcas que han sido registradas con anterioridad.

¹⁷ Espinoza Guzmán, Sylvia Beatriz. **La propiedad industrial**. Pág. 293.

Por otra parte también se refiere a la especialidad respecto a los productos o servicios que va a amparar la marca.

2.4.3. Originalidad

Una marca debe ser original para poder ser registrada, sin embargo se debe tomar en cuenta que la mayoría de marcas, de una u otra manera, son semejantes a otras. La originalidad de una marca va dirigida a que la marca no debe ser simple o elemental de manera que se confunda con otras.

2.4.4. Licitud

Una marca debe cumplir con los requisitos que la legislación de cada país requiera para poder ser registrada. La licitud radica en que la marca no debe estar entre los presupuestos de las cosas que no pueden constituir un signo distintivo. En nuestra legislación estos presupuestos se encuentran en los Artículos 20 y 21 de la Ley de Propiedad Industrial Decreto Número 57-2000 del Congreso de la República. Además de las características antes mencionadas las marcas deben cumplir con las características siguientes, que son propiamente de cualquier signo distintivo: ser derechos exclusivos, ser independientes y la territorialidad.

2.5. Signos que pueden constituir una marca

Nuestra legislación define qué puede ser una marca y menciona qué signos pueden constituir una marca, como ya se indicó anteriormente, en el Artículo 16 del Decreto Número 57-2000 del Congreso de la República Ley de Propiedad Industrial "...palabras

o conjuntos de palabras, letras, cifras, monogramas, figuras, retratos, etiquetas, escudos, estampados, grabados, viñetas, orlas, líneas y franjas y combinaciones y disposiciones de colores, así como cualquier combinación de estos signos. Pueden así mismo constituir en marcas sonoras y olfativas, en la forma, presentación o acondicionamiento de los productos, sus envolturas o empaque, el medio de expendio de los productos o los servicios correspondientes, y otros que a criterio del Registro tengan aptitud distintiva...". Según la doctrina las marcas pueden ser:

2.5.1. Palabras de fantasía

Las marcas de fantasía son aquellas marcas producto de la creatividad. En un principio podemos decir que no tienen un significado como tal, pero algunas marcas evocan alguna idea. Las marcas de fantasía gozan de mayor distintividad y por ende de mayor protección, sin embargo, se necesita de un esfuerzo mayor para imponerlas al consumidor, pues el consumidor no las puede asociar con algún concepto, así que debe aprender a recordarlas. Una vez que la marca de fantasía está en la mente del consumidor, al ser oída o vista asociará el producto o servicio con el fabricante o proveedor.

2.5.2. Palabras con significado conceptual

Estas marcas están constituidas por palabras que tiene un contenido conceptual, ya sea de forma individual o en combinación. La distintividad de estas marcas radica en que serán usadas para diferenciar un producto o servicio que nada tiene que ver con el

concepto de la palabra que se utiliza, de lo contrario estaríamos frente a una marca descriptiva o genérica.

2.5.3. Palabras evocativas

Estas marcas son marcas de fantasía, la diferencia radica en que la marca evocativa da una idea clara al consumidor de alguna característica del producto o servicio, claro está sin caer en ser descriptiva. La protección de estas marcas es más difícil, pues en la práctica se dan muchos casos de marcas similares, especialmente en el ámbito farmacéutico. El problema radica en que el titular de una marca evocativa muchas veces debe permitir la coexistencia con otras marcas que evoquen iguales conceptos. Los comerciantes que elijan una marca evocativa para distinguir sus productos o servicios deben buscar vocablos que sean diferentes.

2.5.4. Dibujos

Los dibujos consisten en cualquier trazo que represente una idea, objeto o ser, o que no represente algo en especial. Los dibujos pueden presentar infinidad de variantes.

2.5.5. Emblemas

Los emblemas, en nuestra legislación no constituyen una marca en sí. El emblema es una representación gráfica. Para la Ley de Propiedad Industrial Decreto Número 57-2000 del Congreso de la República el emblema es "*un signo figurativo que identifica y distingue a una empresa, a un establecimiento mercantil o a una entidad*", Artículo 4. La

protección que se le da a los emblemas se limita a la figura elegida tal y como es, sin contemplar que por esto, esa misma figura no pueda ser representada por otros, siempre y cuando no se intente imitar.

2.5.6. Bandas

Las bandas son figuras rectangulares de un color determinado o una combinación de colores que se usan en las etiquetas.

2.5.7. Combinación de colores

En la combinación de colores, se debe buscar cierta originalidad, o sea, que ésta sea capaz de diferenciar el producto o servicio y no solo que sea una simple combinación de colores ornamentales. Las combinaciones de colores han logrado ser distintivas especialmente en las cajas de medicamentos. El papel elemental en las combinaciones de colores es la capacidad individualizadora de la marca.

2.5.8. Los envases o envoltorios

Los envases en sí, son contenedores de productos. La marca que consiste en un envase logra que el consumidor identifique el producto con tan solo mirar el envase. No cualquier envase puede constituir una marca, para que sean registrables deberán salirse de lo común. Se debe tomar en cuenta que las marcas que son envases, parten de formas ya aceptadas o comunes, por lo que es inevitable en algunos casos que exista similitud.

2.5.9. Las letras y números con dibujo especial

Las letras y los números aisladamente considerados no pueden ser susceptibles de registro, sin embargo, las letras y números que tengan alguna forma, color o combinación de colores especial, son susceptibles de registro. La protección no se extiende a la letra o número en sí, ya que esto sería limitar el uso. La protección va dirigida a la forma especial que hace que esa letra o número sea diferente.

2.6. Signos que no constituyen una marca

Existen ciertos parámetros para determinar qué signos no tienen la capacidad de ser marcas, en la doctrina son llamados motivos absolutos, y se encuentran presentes en casi todas las legislaciones sobre propiedad industrial. Los siguientes son algunos de los motivos absolutos:

2.6.1. Marcas genéricas

Las marcas genéricas son aquellas que en concepto tanto visual como auditivo representan en sí el producto que se quiere amparar. Un ejemplo de esto sería una marca llamada CAFÉ, que amparara precisamente café.

2.6.2. Marcas descriptivas

Son marcas que suelen estar constituidas por palabras que normalmente se emplean en el comercio para describir el producto o servicio en sí. La marca descriptiva da la

impresión al consumidor que el producto o servicio que adquiere tiene esa característica en especial.

2.6.3. Marcas que inducen a error

Estas marcas son susceptibles de engañar o confundir a los consumidores respecto de la procedencia, naturaleza o calidad del producto o servicio.

2.6.4. Marcas contrarias al orden público o a la moral

La clasificación de estas marcas va a variar en cada legislación, pero a manera general puede decirse que son aquellas que se consideran contrarias a las normas sociales, morales y religiosas que son aceptadas en una sociedad.

2.6.5. Signos usados por un Estado u Organismo Internacionales

Estos signos no son susceptibles de registro porque por definición y en esencia pertenecen al Estado o a un Organismo Internacional que es conocido, normalmente los signos públicos no necesitan ser registrados para ser protegidos, basta que sean usados para que nadie más pueda registrarlos.

Para nuestra legislación las razones por las cuales una marca debe ser rechazada son de dos tipos, las razones intrínsecas y los derechos de terceros. Éstas se encuentran reguladas en los Artículos 20 y 21 de la Ley de Propiedad Industrial Decreto Número 57-2000 del Congreso de la República. Las razones intrínsecas, según el Artículo 20

del Decreto Número 57-2000 del Congreso de la República, Ley de Propiedad Industrial son:

- 1) Que no tenga suficiente aptitud distintiva con respecto al producto o al servicio al cual se aplique.
- 2) Que consista en la forma usual o corriente del producto o del envase al cual se aplique, o en una forma necesaria o impuesta por la naturaleza del producto o del servicio de que se trate.
- 3) Que consista en una forma que dé una ventaja funcional o técnica al producto o al servicio al cual se aplique.
- 4) Que consista exclusivamente en un signo o una indicación que, en el lenguaje corriente, técnico o científico, o en los usos comerciales del país, sea una designación común o usual del producto o del servicio de que se trate.
- 5) Que consista exclusivamente en un signo, una indicación o un adjetivo que pueda servir en el comercio para calificar o describir alguna característica del producto o del servicio de que se trate, su traducción a otro idioma, su variación ortográfica o la construcción artificial de palabras no registrables;
- 6) Que consista en un simple color, aisladamente considerado.

- 7) Que consista en una letra o un dígito aisladamente considerado, salvo que se presente en una forma especial y distintiva.
- 8) Que sea contrario a la moral o al orden público.
- 9) Que comprenda un elemento que ofenda o ridiculice a personas, ideas, religiones o símbolos nacionales de cualquier país o de una entidad internacional.
- 10) Que pueda causar engaño o confusión sobre la procedencia geográfica o cultural, la naturaleza, el modo de fabricación, las cualidades, la aptitud para el empleo o el consumo, la cantidad o alguna otra característica del producto o del servicio de que se trate.
- 11) Que consista en una indicación geográfica que no sea distintiva respecto de los productos o servicios a los cuales se aplique y que su empleo sea susceptible de confusión o asociación con respecto al origen, cualidades o características de los productos o servicios para los cuales se use la marca.
- 12) Que reproduzca o imite, total o parcialmente, el escudo, bandera, símbolo, emblema o sigla, de cualquier Estado, o los emblemas, denominación o abreviación de denominación de cualquier organización internacional, sin autorización de la autoridad competente del Estado o de la organización internacional de que se trate.

- 13) Que reproduzca o imite, total o parcialmente, un signo oficial de control o de garantía adoptado por un Estado o una entidad pública, sin autorización de la autoridad competente de ese Estado.
- 14) Que reproduzca monedas o billetes de curso legal en el territorio de cualquier país, títulos valores u otros documentos mercantiles, sellos, estampillas, timbres o especies fiscales en general.
- 15) Que incluya o reproduzca medallas, premios, diplomas u otros elementos que hagan suponer la obtención de galardones con respecto al producto o servicio correspondiente, salvo que tales galardones hayan sido verdaderamente otorgados al solicitante del registro o a su causante, y ello se acredite al tiempo de solicitar el registro.
- 16) Que consista en la denominación de una variedad vegetal, protegida en el país o en algún país del extranjero, y con relación a los productos que identifica la variedad de que se trate.
- 17) Que sea o haya sido una marca de certificación cuyo registro fue anulado, o que hubiere dejado de usarse por disolución o desaparición de su titular, a menos que hayan transcurrido por lo menos diez años desde la anulación, disolución o desaparición, según el caso. La excepción a estos supuestos, es aquella marca que por su uso ha adquirido suficiente aptitud o carácter distintivo en relación a los productos o servicios que desea amparar.

Las razones por derechos de terceros, según el artículo 21 del Decreto Número 57-2000 del Congreso de la República, Ley de Propiedad Industrial son:

- 1) Si el signo es idéntico o similar a una marca o una expresión de publicidad comercial registrada o solicitada con anterioridad por un tercero, para los mismos o similares productos o servicios, o para productos o servicios diferentes cuando pudieran causar confusión o crear un riesgo de asociación con esa marca o expresión de publicidad comercial.
- 2) Si el signo puede causar confusión por ser idéntico o similar a un nombre comercial o un emblema usado en el país por un tercero desde una fecha anterior, en una empresa o establecimiento que negocie normalmente con mercancías o preste servicios iguales o similares a los que se pretende identificar con la marca, o que pueda debilitar o afectar su distintividad.
- 3) Si el signo constituye una reproducción, imitación, traducción o transcripción, total o parcial, de una marca notoria de un tercero, aunque no esté registrada en el país, cualesquiera que sean los productos o servicios a los cuales el signo se aplique, si su uso y registro fuese susceptible de causar confusión o un riesgo de asociación con ese tercero, o un aprovechamiento injusto de la notoriedad del signo, o que debilite o afecte su fuerza distintiva.

- 4) Si el signo afecta el derecho de la personalidad de un tercero, en especial tratándose del nombre, firma, título, hipocorístico, seudónimo, imagen o retrato de una persona distinta de la que solicita el registro, salvo que se acredite la autorización de esa persona o, si hubiese fallecido, el de quienes hayan sido declarados legalmente sus herederos.

- 5) Si el signo afecta el nombre, la imagen o el prestigio de una colectividad local, regional o nacional, salvo que se acredite la autorización expresa de la autoridad competente de esa colectividad.

- 6) Si el signo constituye una reproducción o imitación, total o parcial, de una marca de certificación protegida.

- 7) Si el signo infringe un derecho de autor o un derecho de propiedad industrial de un tercero.

- 8) Si el registro del signo pudiera servir para perpetrar o consolidar un acto de competencia desleal.

2.7. Las marcas frente a la competencia

Las marcas están ligadas a la tecnología y a la comercialización. El valor de una marca está ligado a la necesidad de indicar el origen mediante la capacidad distintiva, que

posteriormente forma una clientela basada en la fidelidad del consumidor hacia el producto o el servicio identificado. El papel de las marcas en la promoción del comercio ha ido creciendo con la globalización, que ha acentuado la función del comercio internacional y la importancia de la circulación de mercaderías y servicios. La marca como medio de promoción constituye un elemento fundamental para la conquista de consumidores. Por una parte protege al consumidor, ya que le garantiza la calidad de los productos o servicios, y por otra parte protege al titular al asegurar que puede invertir libremente en la consolidación de esa marca.

La protección de los derechos que una marca confiere a su titular frente a la competencia está ligada a los mecanismos de competitividad utilizados en la economía de mercado. Esto está estrechamente relacionado al derecho de competencia, que no es más que el conjunto de normas que regulan la actividad en el mercado para que exista una competencia honesta. La necesidad de proteger tanto al consumidor como al titular de la marca ha llevado a crear un principio de competencia leal y de defensa del consumidor.

Dentro de las marcas, las llamadas marcas notorias necesitan una protección más amplia que la que normalmente le es otorgada a las demás; tanto por parte del Estado como de los consumidores quienes pueden ser engañados por terceros que no son los titulares. Cuando una marca notoria es usada por persona distinta de su titular existe una evidente mala fe. La protección internacional de las marcas notorias ha quedado expuesta en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, en el

artículo 6 bis que dice "Los países de la Unión se comprometen, bien de oficio, si la legislación del país lo permite, bien a instancia del interesado, a rehusar o invalidar el registro y a prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio que constituya la reproducción, imitación o traducción, susceptibles de crear confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio y utilizada para productos idénticos o similares. Ocurrirá lo mismo cuando la parte esencial de la marca constituya la reproducción de tal marca notoriamente conocida o una imitación susceptible de crear confusión con ésta...".¹⁸

2.8. Las marcas tridimensionales

Las marcas tridimensionales pueden ser de dos tipos:

Una marca que consista en una forma que contenga el producto; o Una forma que en sí sea el producto. Estas formas deben ser especiales, es decir deben presentar un aspecto distinto de la condición normal. Esta forma especial puede ser de muchas maneras, según sea la naturaleza de la forma y la creatividad industrial.

Algunos autores consideran que la forma, que es en sí el producto, no es una marca, ya que el objeto que se distingue es en sí la forma, no la marca, y la obtención del registro significaría un monopolio sobre la forma. Sin embargo, hay otros autores que

¹⁸ Herrera Sosa, Otto Rafael. **Los nombres comerciales, marcas, avisos, anuncios y patentes de invención, su regulación jurídica.** Pag. 217.

consideran que la forma de un producto puede ser en sí una marca, si esta es nueva y especial.

La protección que se otorga sobre la forma va dirigida a la forma especial en sí, y no a la forma de la cual proviene. La forma debe tener un valor distintivo no un valor ornamental. Según Palacio Tanchez, "es necesario que el carácter distintivo del objeto para ser patentado como marca, no sea, conforme a una producto anterior, conexo con la utilidad del producto y por consiguiente que la forma tridimensional no sea esencial al producto, no necesario, no funcional y ni siquiera la forma simplemente ornamental con finalidad sólo de orden estético, la cual es patentable como modelo ornamental y no como marca de empresa. Y por consiguiente es necesario que la forma sea arbitraria y de fantasía, que no acarree una particular utilidad intrínseca, ni exterior al producto, y que la función distintiva prevalezca sobre aquella funcional u ornamental".¹⁹

Una marca tridimensional, ya sea que se trate de la forma del envase o se trate de la forma particular del producto, es un valioso signo marcario, siempre y cuando posea suficiente distintividad.

En la legislación guatemalteca la marca tridimensional no está regulada como tal, no existe un apartado específico como sucede con las marcas colectivas o las marcas de certificación. La ley de propiedad industrial permite las formas tridimensionales, sin embargo, no desarrolla lo que se debe o puede entender como marca tridimensional.

¹⁹ Palacios Tánchez, Jorge Alfonso. **La oposición en la propiedad industrial.** Pag.127.

Dentro de la regulación internacional sobre marca tridimensional, podemos mencionar al Tratado de Singapur. Dicho tratado intenta unificar criterios para el registro de marcas. En el reglamento de este tratado encontramos regulada a la marca tridimensional, específicamente en la regla 3 numeral 4. Esta normativa nos indica que para solicitar una marca tridimensional es necesario tener una reproducción gráfica o fotografía bidimensional, esta vista puede ser única o tener varias vistas. La Oficina ante la cual se solicite la marca tridimensional tiene la facultad de pedir al solicitante hasta seis vistas de la marca o una descripción en palabras de la marca. Es importante mencionar que Guatemala aun no es parte de este tratado el cual entró en vigor el 16 de marzo del 2009

2.9. La marca tridimensional en la ley de propiedad industrial de Guatemala

La marca tridimensional, en la Ley de Propiedad Industrial Decreto Número 57-2000 del Congreso de la República, a la cual nos referiremos simplemente como la ley, se encuentra regulada de manera breve, por lo cual se le aplica todo lo que la ley regula para marcas y signos distintivos.

En Guatemala se pueden registrar marcas tridimensionales en virtud de que el Artículo 4 de la Ley, en la definición de marca incluye a todo signo tridimensional o sea "*Todo signo denominativo, figurativo, mixto, tridimensional...*",²⁰ sin embargo, la poca

²⁰ Ronquillo Marín, Carlos Aníbal. **La competencia desleal en materia de propiedad industrial.** Pág. 429.

profundidad con la que la ley desarrolla a la marca tridimensional ha provocado en la actualidad que exista un problema de comprensión entre los usuarios y el Registro de la Propiedad Intelectual (entidad administrativa que se encarga de otorgar los registros).

A la marca tridimensional, por ser un signo distintivo, le es aplicable todo lo relativo a las marcas en general; por lo que se afirma que el registro de una marca tridimensional es constitutivo, motivo por el cual quien desea registrarla no necesita probar que existe un uso previo para poder obtener su registro.

Debido a la aplicabilidad de la norma, según el Artículo 17 de la Ley, establecemos que las marcas tridimensionales son bienes muebles, cuya propiedad se adquiere con el registro de la misma y se prueba con el certificado que emite el Registro de la Propiedad Intelectual.

Para nuestra legislación es muy importante el momento de presentación ya que, esta da al solicitante el derecho de obtener el registro de la marca, sobre otra similar o idéntica que haya sido solicitada con posterioridad dependiendo de los casos. Las únicas excepciones a este derecho de prelación es la prioridad que puede invocar un extranjero en su solicitud, tal como lo indica el Artículo 18 de Ley de Propiedad Industrial Decreto Número 57-2000 del Congreso de la República "*El solicitante del registro de una marca podrá invocar la prioridad basada en una solicitud de registro anterior, presentada en regla en algún Estado que sea parte de un tratado o convenio al*

*cual Guatemala estuviere vinculada...*²¹ y la otra excepción la constituyen las marcas notorias.

La prioridad es el derecho que le asiste a un extranjero, en virtud de un tratado o convenio, a obtener el registro de un signo distintivo en Guatemala, en relación a la solicitud hecha con anterioridad en otro Estado, siempre y cuando no vulnere los derechos de terceros.

2.10. Fundamento del derecho de marcas

Definir una marca implica abordar los elementos teóricos, doctrinarios y legales que la constituyen, por eso resulta importante ubicarla dentro de los llamados derechos inmateriales y luego, propiamente, en el derecho marcario. Al respecto, para los tratadistas y para algunos ordenamientos jurídicos de cada país, "la propiedad industrial es aquella parte de los derechos intelectuales que comprende una serie de concepciones y consideraciones de elementos sensibles que tienen valor por su utilidad dentro del campo de la industria y del comercio".²² Esta definición doctrinaria, pone de manifiesto la relevancia de proteger la marca como institución de trascendencia económica nacional e internacional. Se debe resaltar que el derecho de propiedad industrial no abarca únicamente lo que son las marcas sino también los titulares de marcas, los diseños industriales, los registro encargados de llevar el control de marcas

²¹ Real Academia de la Lengua Española. **Diccionario de la lengua española**. Pág. 218.

²² Rubens, Bayardo y Ana María Spadafora. **Derechos culturales y derechos de propiedad intelectual**. Pág. 216.

y diseños industriales así como también algo muy significativo como son los actos de competencia desleal que existen entre empresas y comerciantes.

2.11. Naturaleza jurídica

El derecho de marcas no forma una parte aislada del sistema jurídico sino que su aplicación y efectos surgen de su coordinación e inserción en el conjunto de normas que integran ese sistema. En consecuencia, con el propósito de apreciar las derivaciones que traen consigo las normas propias del derecho de marcas, se debe determinar cuál es la caracterización que corresponde a los derechos subjetivos de aquél, derivados de las categorías jurídicas empleadas, en forma general, por el orden jurídico. Estos derechos subjetivos tienen como base las normas que constituyen el derecho marcario y, es en virtud de este fundamento, que deber determinarse la naturaleza jurídica del derecho a la marca. De tal forma que, "la protección jurídica de la marca se basa en la existencia de un derecho exclusivo sobre determinados signos, respecto de su utilización en relación con la identificación de determinados bienes y servicios".²³

El conocimiento de la naturaleza jurídica de las marcas es importante, por una parte porque fundamenta y da validez constitucional al derecho de marcas, como una institución e instrumento protegido y reconocido por un sistema jurídico; por otra parte, porque establece, con precisión, en atención a la materia, la competencia de los tribunales en caso de un conflicto. Al respecto, Vásquez Martínez señala: "es imposible

²³ Villegas Lara, René. **Ob. Cit.** Pág. 218.

interpretar una ley sin haber aclarado primero el principio de filosofía del derecho que le inspira, porque muchas veces, de ese principio depende el modo en que debe interpretarse la palabra o la intención del legislador y consiguientemente, el modo en que deben ser resueltas las controversias que surgen continuamente de la aplicación práctica de la ley".²⁴

Lo cierto es que existen diferentes corrientes que sostienen que "el derecho a la marca es de naturaleza jurídica privada, pero también hacen notar que se manifiesta el interés público en las marcas, con las disposiciones universalmente adoptadas sobre su publicidad, sobre su inscripción en los registros, represión penal de la imitación, usurpación de las marcas, etc.". Para Ossorio Manuel; el derecho de las marcas está enmarcado dentro del derecho público, particularmente del derecho administrativo. Otros afirman que "el derecho de las marcas, participa tanto del derecho privado como del derecho público, es decir se trata de un derecho mixto, pero principalmente fundado en el derecho privado".²⁵

2.12. Teorías que explican la naturaleza jurídica de las marcas

2.12.1. Derechos de la personalidad

- a) Por una parte, se destaca la vinculación que la marca tiene con su titular. La marca identifica directa o indirectamente el origen de los bienes y servicios y, lo

²⁴ Vásquez Martínez, Edmundo. **Ob. Cit.** 378.

²⁵ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 321.

esencial del derecho sobre ella, es que su titular acepta la aplicación de su signo distintivo sobre mercaderías o respecto de prestaciones de hacer.

- b) Se relaciona con los intereses que se procuran tutelar con la concesión de derechos sobre los signos marcarios. Además, se tratan de conservar ciertas características de la empresa, en cuanto ente con capacidad de efectuar ventas y obtener, consiguientemente, utilidades, a través del poder de atracción de la clientela que surge de la marca. Como se puede apreciar, no se trata de proteger al titular de la marca.

Esta teoría ha estado expuesta a diversas críticas como son: los derechos sobre los signos marcarios tienen un contenido esencialmente económico; están destinados a asegurar ciertas ventajas patrimoniales para sus titulares, diferenciándose de los derechos de la personalidad, cuya esencia es la protección de los bienes indisolublemente unidos a la persona, como la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, corporal y la identidad y no la concesión de ventajas patrimoniales o la conformación de bienes económicos.

Se observa entonces, que todas las cuestiones esenciales relativas a la marca se relacionan con conductas económicas y empresariales, que nada tienen que ver con los aspectos fundamentales de la vida individual a que se refiere el derecho a la personalidad.

2.12.2. Derecho intelectual o derecho de propiedad industrial

La distinción entre derechos de propiedad industrial y derechos intelectuales es una consecuencia de la evolución de las normas, aplicación y análisis correspondientes a los componentes incluidos en esas categorías. En ciertos casos, el concepto de derecho de propiedad industrial, podría solucionar ciertas dudas que surgen de la utilización de otros términos por los textos legales.

2.12.3. Las marcas como bienes inmateriales

Los bienes inmateriales son "aquellos bienes u objetos jurídicos que constituyen asunto de cualquier tipo de tutela jurídica"²⁶, al respecto, la exclusividad sobre el uso de los signos marcarios establece el propósito esencial del régimen jurídico que los tutela y, la legislación dispone diversos instrumentos jurídicos destinados a asegurar dicha exclusividad. Lo característico de tales bienes es la existencia de derechos erga omnes, cuyo objeto no es un elemento físico determinado, sino ciertos elementos intangibles, cuya esencia y función derivan de su aprehensión intelectual y que, por lo tanto, pueden calificarse como inmateriales, dado que pueden ser creados o elegidos de muy distintas maneras y utilizados de formas igualmente diversas. Entendido de esta manera el concepto de bienes inmateriales, las marcas, en cuanto a los signos distintivos, pueden ubicarse en él sin mayor dificultad. El derecho del titular de la marca no se refiere al signo, en cuanto se relaciona con las mercaderías que identifica. Es, efectivamente, el uso de la marca como signo distintivo, el que se encuentra

²⁶ Ronquillo Marín, Carlos Aníbal. **Ob. Cit.** Pág. 328.

jurídicamente tutelado y prohibido para aquellos que no sean titulares o licenciarios del titular de la marca.

2.12.4. El derecho sobre las marcas como propiedad

Puede entenderse por propiedad, todo tipo de derecho erga omnes, que se ejerce respecto de un objeto determinado, aunque tal derecho no sea asimilable al de dominio. Además, se emplea el concepto de propiedad como similar al de dominio. Por otra parte, puede adoptarse el concepto de propiedad en un sentido comprensivo de todos los distintos derechos derivados de esa rama jurídica. Por ejemplo, el Convenio de Paris dispone en el Artículo 1 párrafo 2 "la protección de la propiedad industrial tiene por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial y las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal".²⁷ De esta manera, se entiende también, como propiedad, el patrimonio de una persona, constituido por las cosas y objetos inmateriales de su pertenencia.

El concepto de propiedad puede extenderse a todos los derechos susceptibles de apreciación pecuniaria, que reviste fundamental importancia desde el punto de vista constitucional y que se aplica no sólo a los derechos reales y crediticios, sino también a los derechos personales, como los relativos a la capacidad de trabajo, cuando

²⁷ **Convenio para la Protección de la Propiedad Industrial.** Paris 1883.

presentan un valor económico, sin perjuicio de la protección que corresponda a estos derechos, por otros motivos y a través de otros mecanismos jurídicos.

En resumen, las teorías planteadas explican la naturaleza jurídica de las marcas de una forma diferente, que puede resumirse de la siguiente forma: "La teoría de Edmond Picard, de origen belga, plantea que la propiedad intelectual posee cuatro elementos fundamentales: a) Un titular, b) un objeto, c) relación sujeto o titular, y d) objeto y la protección o coerción jurídica". La Constitución Política de Guatemala consagra esta teoría como principio asumido en los Artículos 41 y 42, por los cuales garantiza la protección al derecho de propiedad y los derechos de autor o inventor. Es decir, reconoce estos derechos como inherentes a las persona humana.

De acuerdo con la teoría del derecho de la personalidad, las marcas son un signo distintivo de la persona que fabricó la mercancía, como característica de la personalidad que la cubre. Contrariamente, para la teoría del derecho de propiedad, las marcas son un derecho de propiedad sui-géneris, propiedad especial con características propias que deviene del intelecto del hombre.

CAPÍTULO III

3. Evolución histórica del derecho de propiedad industrial en la humanidad

Para adentrarnos en el conocimiento de cualquier disciplina jurídica debemos con espíritu analítico estudiar su desenvolvimiento a través de la historia, para alcanzar una adecuada comprensión de sus valores e instituciones.

“En materia de propiedad industrial, esta necesidad camina a la par de desarrollo económico de la humanidad, pues si bien es cierto la marca fue considerada en su origen como una forma de reconocimiento de meritos artísticos o arquitectónicos, con el transcurso de los años esa concepción fue modificándose hasta alcanzar lo que hoy se considera como un cosa de comercio con valor económico mercantil”.²⁸

3.1. Evolución histórica del derecho de propiedad industrial en Guatemala

El derecho como ciencia posee dentro de su estructura distintas ramas las cuales aplican a diferentes ámbitos del quehacer humano dentro de un estado de derecho regulando actividades por demás variadas.

A similitud de las otras ciencias el derecho ha evolucionado de forma tal que las diferentes ramas que lo conforman han prosperado de manera aislada; existiendo una diferencia no solo en la rápida de evolución entre unas y otras, sino también en el aspecto específico de sus conceptos, instituciones y normas típicas. Tal es el caso del derecho mercantil que teniendo como ámbito de ejercicio el comercio y la economía, se ve muy impulsado por las relaciones comerciales nacionales e internacionales de los

²⁸ Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 327.

países; ya que son las actividades que se dan dentro de las sociedades de todos los estados a nivel mundial los que al final cooperan a la evolución de las normas internas y externas por sus mismas relaciones.

Como podemos concluir es al final que las sociedades marca el ritmo de evolución de las normas, leyes y principios de derecho de sus propios estados, ya que a mayor evolución y ejercicio de una actividad dentro de un marco social, mayor la necesidad de estudiar y de regular dicha actividad, para que dentro de un marco de derecho pueda realizarse acciones denominadas legales e ilegales. Derivado de la exposición anterior se puede concluir que es el derecho el que al final alcanza a la actividad humana y no está a la otra; aunque en algunas en algunos casos la previa y adecuada planificación también le ha permitido a las sociedades del mundo prever situaciones para establecer disposiciones legales al respecto, ya que como fruto de una actividad nueva e impredecible surge la necesidad de regularla.

Dentro de la amplia gama de aspectos que regula el derecho mercantil, existe un ámbito que es la llamada propiedad intelectual y la cual se subdivide a su vez en derecho de autor y derecho de propiedad industrial, regulando cada una la actividad creativa del hombre pero haciendo su diferencia en el ámbito comercial que con finalidad de lucro tiene o lleva a cavo el comerciante, y el no comercial o artístico que es la actividad creativa del artista, es decir que el derecho de autor son los derechos que las personas individuales adquieren sobre sus obras por haber sido ellos y no otros los creadores de la misma; ya que teniendo un valor frente a terceros lo que se busca es proteger la creatividad del ser humano para que esta pueda acreditarse legalmente por quien ha creado una obra, pintando un cuadro o escrito un libro.

Es entonces que al titular del derecho a diferencia del derecho real común como lo conocemos en el derecho civil no solamente se le acredita la posesión de un objeto sino a su vez la creación, viniendo la primera en razón de la segunda; pudiendo este vender la obra o su proceso de creación, o bien si lo prefiere reservarla para sí mismo.

El derecho de propiedad industrial en cambio ha tenido desde sus inicios una mayor y cada vez más rápida evolución respecto que al derecho de autor ya que la estandarización y desarrollo de la industria a nivel mundial termina por hacer eco en la necesidad de regular la actividad comercial. Se entiende que son las relaciones comerciales a nivel internacional las que impulsan de una manera acelerada la creatividad del comerciante, que con el fin de obtener ganancias tiene como resultado la necesidad de mercadear o promover sus productos o servicios fuera de su territorio habitual y lo impulsa aun a buscar campo de desarrollo fuera de las fronteras; afectando o afectándose al encontrarse este con otros comerciantes que al igual han invertido un considerable capital en también mercadear y trasladar sus mercancías.

En Guatemala se puede decir que dicha evolución de esta determinada rama del derecho se da como es siempre normal, por razones internas y externas que se pueden resumir en actividades humanas, convenios, leyes específicas y la observación de algunos convenios que aun no ratificados por Guatemala o sin adherirse se les ha reconocido su validez en algunos otros cuerpos legales internos. Es necesaria esta exposición ya que de esta manera se puede explicar el fenómeno ocurrido en Europa a finales del siglo XIX, ya que es en este continente en donde inicia la corriente que después seguirán los demás países del mundo.

“Es posterior a la revolución industrial ocurrida en Inglaterra, Francia y Alemania que se toma conciencia de regular la actividad de los particulares que con fines comerciales creaban distintivos, diferentes productos y modos diversos de mercadear y proyectados dentro de la sociedad y dentro de diferentes estados”.²⁹

Se da como punto de partida el Convenio de Paris y posteriormente el Arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas siendo los primeros intentos que influyeron de manera directa sobre el estado de Guatemala. Con esto se da en los demás países una corriente novedosa de regular por primera vez actividades comerciales de especialidad dentro del derecho mercantil.

Paulatinamente se efectúan algunos convenios y arreglos, dentro de los cuales algunos que se dan al mismo arreglo de Madrid con el fin de ir afinando, complementando y modificando aspectos incompletos del mismo. Es entonces que Guatemala empieza a verse afectada primero a nivel internacional y posteriormente de manera interna, con lo que comienza a celebrar convenios y participar en arreglos o por lo menos a reconocerlos, circunstancia que se da en ocasiones mucho tiempo después.

De esta manera nos damos cuenta que el campo de ejercicios del derecho de propiedad industrial es el campo internacional por ser el comercio afecto a este campo y Guatemala siendo parte de un bloque comercial en Latinoamérica no se vio en la necesidad de regular esta actividad sino muchos años después de sus primeros inicios, esto debido a su pobre desarrollo industrial y económico.

²⁹ Antequera Parilli, Ricardo. **La propiedad industrial y sus diversas facetas**. Pág. 294.

Pero que aun teniendo una situación de pobre desarrollo económico no implicaba que pudiera apartarse de los demás y olvidar adaptar dentro de su marco jurídico al derecho de propiedad industrial, ya que esto sería como apartarse de toda aquella relación comercial con el resto del mundo por no poseer las condiciones necesarias para otorgar a la inversión nacional y extranjera un marco de respeto y de confianza. Por último expongo que es en la actualidad para Guatemala de gran importancia el estudio y análisis de esta rama del derecho, tanto que es de igual importancia para el país con la industria más desarrollada del mundo, siendo fuente esta de trabajo y de ingresos económicos para el país.

3.2. Convenios, arreglos y acuerdos internacionales

3.2.1. Convenio de Paris 1883

Este convenio se efectúa en el año de 1,883. Lo incluyo en este trabajo por su aporte a las corrientes a nivel internacional que se efectuaron posteriormente y a raíz de este convenio, con el fin de realizar acuerdos y convenios. Además lo expongo en esta etapa porque de esta manera expongo de manera más clara la participación del estado de Guatemala en esta materia ya que ofrece notables datos e indicaciones de cuál es nuestra evolución histórica en esta rama del derecho.

El Acuerdo de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial se efectúa el 20 de marzo de 1,883. Dentro de los principios que nos aporta este acuerdo está el de la constitución de una unión por parte de los estados integrantes, es decir empieza a procurar una colaboración amena entre los estados participantes.

Por otro lado también aporta principios de naturaleza eminentemente jurídica de la materia, como lo es la protección de la propiedad industrial, que “es el sentido esencial del convenio, aplicado a determinados elementos que lo componen, como lo son las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fabrica o de comercio, las marcas de servicios; enumerando por primera vez productos o Artículos y servicios específicos, iniciando así el criterio de establecer una clasificación”.³⁰ Los apartados más importantes que proporciona este convenio son:

- Constitución de la unión: ámbito de la propiedad industrial.
- Trato nacional a los nacionales de los países de la unión.
- Asimilación de determinadas categorías a los nacionales de los países de la unión.
- Condiciones de registro, independencia de la protección de la misma marca en diferentes países.
- Marcas notoriamente conocidas.
- Prohibiciones en cuanto a los emblemas de estado, signos oficiales de control y emblemas de organizaciones intergubernamentales.
- Naturaleza del producto al que ha de aplicarse la marca.

³⁰ Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial 1,883

Así mismo en el convenio escrito se establece todo un proceso de realización para la conformación del mismo, disponiendo de la composición de diferentes órganos que se crearan para el desarrollo del convenio y que se dé por medio de asambleas. Por consiguiente en el Artículo 13 que inicia con el título “Asamblea de la Unión”. Este presenta un procedimiento necesario para cumplir con los fines de proteger la propiedad industrial por todos los países de la unión, representados por una persona, y con la posibilidad de integrar el comité ejecutivo de dicha unión.

Se establece que las disposiciones se decidirán en base a un voto por cada representante de cada estado que conformen la unión. Se crea también la oficina internacional, encargada de procurar los asuntos que surjan con ocasión de la protección necesaria a las obras literarias y artísticas.

Por último se otorga el cargo de más alto funcionario al director general de la organización dando plenitud a la organización que es denominada la unión y disponiendo de un presupuesto para persecución de sus fines manejando egresos e ingresos por parte de los estados que lo conforman.

3.2.2. Arreglo de Madrid 1891

Es un arreglo que dado en Madrid tiene como fin inicial crear una alianza denominada unión para inscripción y protección de marcas a nivel internacional. Se crea entonces la oficina internacional de marcas, encargada en cada país de aceptar las solicitudes de inscripción de las marcas que los particulares pretendan hacer de su propiedad. Por esto se constituye la Organización Mundial de la Propiedad Industrial, siendo la

organización internacional encargada de dar los lineamientos en esta materia a todo el mundo.

Es el 14 de abril de 1,891; que se efectúa este arreglo en Madrid, estableciéndose no solo disposiciones generales, sino también redactándose los primeros artículos en esta materia, siendo de naturaleza sustantiva y adjetiva. Es en este cuerpo compuesto por dieciocho artículos que se inicia la gran oleada de convenios, arreglos y adaptación de marcos jurídicos a nivel internacional.

Este arreglo tuvo como a lo largo de su existencia varias modificaciones, con el fin de agregar aspectos no tomados en cuenta y necesarios por no haber concebido en su momento circunstancias nuevas a razón de las relaciones comerciales. Dentro de las revisiones y arreglos que se le dieron al primero de Madrid es de importante mención, el de Washington del 2 de junio de 1,911; el de Niza del 15 de junio de 1,957; este último por ser el aporte que llamo la atención en definitiva a Guatemala y que obligo en años posteriores a la integración dentro de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial.

Posteriormente a la celebración de este arreglo se dieron algunos otros que presentaron para Guatemala la necesidad de afectarse. Es de necesaria mención para el derecho de propiedad industrial remitirse al año de 1910; específicamente el 20 de agosto; que siendo el año que en Buenos Aires, Argentina, se celebró la “Convención para la Protección de Marcas de Fábrica y de Comercio”. Y sustituida posteriormente por la “Convención para la Protección de Marcas de Fabrica, Comercio y Agricultura y

Nombres Comerciales”, de fecha 28 de abril de 1923 realizada en la Ciudad de Santiago de Chile.

Por último se realizó una tercera convención que terminó por depurar aspectos no resueltos en las dos anteriores.

A esta convención se le denominó la “Convención General Interamericana de Protección Marcaria Comercial”; celebrada en Washington, el año de 1929 y previa a las resoluciones tomadas por todos los países que la integraron efectuada en la Ciudad de la Habana, Cuba y en la misma de Washington. Los países representados por sus gobiernos que integraron ese proceso de convenios fueron: Perú, Bolivia, Paraguay, Ecuador, Uruguay, República Dominicana, Chile, Panamá, Venezuela, Costa Rica, Cuba, Guatemala, Haití, Colombia, Brasil, México, Nicaragua, Honduras y Estados Unidos de Norte América. Manifestando que con el deseo de “hacer compatibles los distintos sistemas jurídicos que en esta materia rigen en las varias repúblicas americanas” y que “Convencidos de la necesidad de realizar ese esfuerzo en la forma más amplia que sea posible en las circunstancias actuales con el debido respeto a las respectivas legislaciones nacionales”; así mismo hacen la observación previa realización y ratificación de las disposiciones plasmadas en dicho convenio, de darse a la tarea de reprimir a la competencia desleal y de las falsas indicaciones de origen geográfico.

De lo anterior puedo agregar que estas fueron las premisas que debieron definir o en algunos casos definieron los que se pueden denominar principios básicos del derecho

de propiedad industrial en cada uno de los países que convinieron y ratificaron su adecuación al convenio:

- De la igualdad de nacionales y extranjeros ante la protección marcaría comercial.
- De la propiedad marcaría.
- De la protección del nombre comercial.
- De la represión de la competencia desleal.
- De las sanciones.
- De la represión de las falsas indicaciones de origen y procedencia geográficos.

De estos apartados fueron de donde surgió el articulado de dicho convenio, poniendo de manifiesto cual era el sentido que en aquel entonces se debía de seguir para mantener una adecuada relación comercial entre dichos países, y que integrándola después a cada legislación se establecería una equidad de condiciones que tales estados debían de respetar.

El gobierno de Guatemala acepto tal convenio en la fecha de su realización y lo ratifico al siguiente mes de diciembre, exactamente el 30; en el año de 1,929.

3.2.3. Arreglo de Niza, Francia 1957

El Arreglo que se efectuó en el 15 de junio de 1957 al arreglo ya efectuado en Madrid a finales del siglo XIX, es de gran importancia para el desarrollo que tuvo el derecho de propiedad industrial a nivel mundial y por ende en Guatemala, ya que otorgo un periférico visible de materias primas, productos y servicios; los cuales con anterioridad

no clasificados daban la pauta para que cada estado tomara consideraciones diferentes aun tratándose de los mismos productos o servicios.

El Acuerdo de Niza, vino a dar un marco específico de clasificación de todos los productos del mercado, sea por su composición y por su naturaleza de uso y aun de tiempo de vida. Siendo un arduo trabajo efectuado por las oficinas internacionales reunidas para la protección de la propiedad intelectual, (BIRPI), predecesoras de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), y en colaboración con las oficinas nacionales de la propiedad industrial adquiere carácter oficial de arreglo; con ocasión de la conferencia diplomática de Niza, y revisada el 14 de julio de 1967, y en Ginebra el 13 de mayo de 1977.

Este arreglo preveía también que un comité de expertos, nombrados por los estados que forman parte de dicho arreglo, añadiría, a la lista de clases de productos y a la lista alfabética de los mismos, unas clases de servicios y una lista alfabética de estos, y que el conjunto podría, además completarse y modificarse por este mismo comité, en una fase posterior.

Con esto podemos ver que se formo un clasificación dígase flexible, por la posibilidad que se daban a los estados de añadir restringir y o posteriormente modificarlo; pero guardando siempre un adecuado respeto al arreglo ya que debía obtenerse por medio de la autorización del comité, conformando por los expertos propuestos por los países que la integran. Por consiguiente se dicto un listado de productos, bienes y servicios que se encuentran dentro del mercado, siendo la clasificación a nivel mundial mejor dividida y completa.

La clasificación que nos dicta el arreglo de Niza, Francia; está dividido por un tipo de producto que corresponde a una clasificación e individualización del mismo correspondiéndole un código y su normativo que es el descriptivo normal o nombre. Así mismo esta presentado en varios idiomas para facilitar su interpretación por parte de los estados que efectuaron el arreglo.

El estado de Guatemala no formo parte de este arreglo ya que se dio en una etapa en la que el país no poseía las condiciones por razones internas, de participar en esta materia, dándole únicamente un reconocimiento interno años después.

3.2.4. Convenio Centro Americano Decreto 26-73

Como consecuencia de la tendencia de una integración económica de los años sesenta los países centros americanos efectúan una convención el primero de julio de 1,968, en el cual se establecían disposiciones legales que entrarían en aplicación en los países de: El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Guatemala. Dicho convenio aceptado por los países anteriormente mencionados, aceptaba como consecuencia a las convenciones interamericanas de principios de siglo las mismas tendencias proteccionistas y coercitivas que al derecho de propiedad industrial se le habían otorgado en aquel entonces.

Es pues importante mencionar que dentro de tal convenio se estableció nuevamente a modo de no contrariar los convenios anteriores los principios de uniformidad en los regímenes jurídicos de cada país que sean aplicables a las marcas, nombres comerciales y señales o expresiones de propaganda.

Con la salvedad que cada país podría adaptar sus disposiciones de acuerdo al marco jurídico preexistente, facilitando así su pronta y eficaz aplicación. Como consecuencia importante de la celebración de dicho convenio se estableció un principio que a mi criterio es muy importante ya que pone de manifiesto la tendencia integracionista por el cual dice así: “Para los efectos del presente convenio, las personas a que se refiere el párrafo primero del artículo anterior, gozaran de tratamiento nacional en el territorio de cada Estado contratante. Como dato importante el párrafo primero del Artículo 2 de dicho Convenio se refiere a personas individuales o jurídicas, que son las modalidades ya conocidas en las que se puede presentar un comerciante”.³¹

Con esto es notorio el alcance de la evolución que en poco tiempo marco el derecho de propiedad industrial; siendo no solamente el elemento importante de desarrollo comercial a nivel internacional sino que a la vez factor a tomar en cuenta al momento de que dos o más países dispongan integrarse económicamente y que fue manifiestamente necesaria su incorporación en dicho convenio. Los apartados en que se formo la estructura de dicho convenio en materia sustantiva y que colaboro con la mejor diferenciación que pueda darse entre uno y otro derecho fueron:

- Objeto y alcances del convenio.
- De las marcas en general.
- De la propiedad de las marcas.
- De las licencias de uso.
- De la marca colectiva.

³¹ Convenio Centro Americano para la Protección de la Propiedad Industrial. Decreto 26-73 del Congreso de la República de Guatemala.

- De la extinción de la propiedad de la marca.
- De la protección del nombre comercial.
- De la protección de las expresiones o señales de propaganda.
- De la competencia desleal.
- De las indicaciones de procedencia y las denominaciones de origen.

Respecto de los procedimientos que aporó dicho convenio se puede decir que estructurado de mejor manera la administración pública de cada estado que lo aceptó, ya que fue mucho más específico y claro respecto de los requisitos y formalismos de inscripción. En la estructura que formó el apartado de los procedimientos esta:

- Disposiciones generales.
- Del procedimiento para registrar marcas, nombres comerciales y expresiones o señales de propaganda.
- Del procedimiento para renovar el registro de marcas.
- Del procedimiento para registrar traspasos, cambios de nombre y licencias de uso y para cancelar un registro.
- Del procedimiento para registrar cambios de nombre.
- Del procedimiento para registrar licencias de uso.
- Del procedimiento para obtener la cancelación de un registro.
- Del desistimiento de solicitudes y oposiciones.

Dando grandes aportes a esta rama del derecho sin duda alguna vale la pena mencionar los que específicamente fueron novedosos en cuestiones técnicas, procesales estructurales dentro de la administración pública, los cuales fueron:

- a. La licencia de uso no es más que una franquicia de marca. La cual será pactada por medio de un contrato escrito el cual deberá ser inscrito en el Registro de la Propiedad Industrial, como lo dicta el Artículo 34 de dicho convenio. Y da al propietario de dicha marca el derecho de abstenerse de explotarla, pero dando al licenciataria la posibilidad de hacerlo en las condiciones en que lo pacte, atendiendo siempre en interés de una calidad que deberá ser vigilada por el propietario legal y otorgante de la licencia.

- b. El aspecto e dividir más adecuadamente los elementos que componen los derechos de propiedad que la industria en su amplia actividad pueda generar; ya que proporciona nominativos a cuestiones que antes no se habían tomado en cuenta como lo son las marcas colectivas, el aspecto extintivo que como todo derecho prescribe en el caso de la extinción de la propiedad de la marca que afecta al particular que durante un lapso determinado de tiempo no haga uso de esta y por ende otorgue el derecho de explotación a uno que si presente el interés legal y por consiguiente colabore con la inversión interna del país. Además de obedecer uno de los principios que rigen al derecho mercantil, como lo es la eliminación de los monopolios que también se pueden dar de manera material dentro del ámbito de propiedad industrial, por ser la marca un reconocido bien de la empresa.

- c. La protección del nombre comercial y de la expresión de propaganda que como bienes muebles considerado en nuestra legislación merece la misma protección que para los bienes no comerciales o de uso privado da el estado.
- d. Como elemento novedoso por ser mejor ejemplificado que en el Decreto 882 del año 1,929 durante el gobierno del Presidente José María Orellana, y aun que lo desarrollaron los convenios anteriores está el de las indicaciones de procedencia y las denominaciones de origen; ya que de esta manera se le da al consumidor la oportunidad de elegir un producto o servicio amparado por la buena calidad o buena práctica que una región le da al producto o servicio, y no la falsa indicación que un comerciante con el ánimo de mejorar sus ingresos pueda acreditarse calidades que no las tenga o no las pueda proporcionar.
- e. Da a la administración pública la indicación tacita de instituir un registro público, denominándolo “Registro de la Propiedad Industrial”, oficina pública en la que ya no se menciona a una “oficina de marcas y patentes” sino una institución ya con una jerarquía de registro público y de necesario surgimiento para tratar la gran variedad de asuntos que el convenio contiene y que las anteriores convenios o leyes no aportaban, haciendo la aclaración de que actualmente se le llama a este registro, “Registro de la Propiedad Intelectual”, por la entrada en vigor de una ley que posteriormente modifico este aspecto.
- f. Puedo agregar que dentro de este convenio se establece algo muy importante, siendo los procedimientos, que más específicos y claros respecto de cada asunto que se pueda llevar en este nuevo registro. Surgiendo entonces ya formalmente

la parte procesal del derecho de propiedad industrial, que se desenvuelve en la administración pública como necesario árbitro entre los intereses de los particulares pero con la intervención estatal.

- g. Este convenio viene a dejar sin vigencia lo que fue el acuerdo de Washington, que no contenida dentro de la ley, si se efectuaron las respectivas publicaciones para hacer la respectiva información pública.
- h. En este convenio se dispone de manera independiente la observación de una clasificación de productos o servicio contenido en un arreglo que se efectuó en Niza, Francia a finales de la década de los años cincuentas; con esto Guatemala no formando parte de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial reconocer a uno de sus frutos que es el mencionado arreglo y que a continuación será expuesto.

3.3. Guatemala y su adhesión al Convenio de París

Lamentablemente pero lógica es la tardía atención que el estado de Guatemala hizo al convenio, ya que no es hasta el año de 1,998 en que se dispone la adhesión al mismo, por medio de un acuerdo gubernativo que vino a dar la integración del Estado de Guatemala a la unión establecida mas de cien años antes que por muchos factores que no son de necesaria aclaración no se había visto o analizado.

El acuerdo que el Congreso de Guatemala emite bajo el considerando del vicepresidente en funciones de presidente es de número 11-98 del Congreso de la República, de fecha 18 de febrero de 1,998; dando además el reconocimiento a las

múltiples revisiones que se efectuaron en otros estados de Europa. Iniciando su adhesión de hecho por parte del Estado de Guatemala el 20 de abril de 1,998.

Como consecuencia de la adhesión de Guatemala al convenio en cuestión, surgen las lógicas obligaciones de dar cumplimiento a las disposiciones que contiene el mismo y es por ello que el legislativo emite poco después el Decreto 33-98 del Congreso de la República, que da surgimiento a la Ley de Derechos de Autor.

3.4. Antecedentes en materia de Propiedad Industrial en la legislación guatemalteca

3.4.1. Ley de Marcas, Decreto 882

Como consecuencia casi inmediata a las convenciones previas a la última efectuada en Washington; se elaboro en Guatemala el primer proyecto de ley; que durante el gobierno del Presidente José María Orellana, entró en vigencia en el año 1929, aprobado por el Decreto número 2079. Dicho cuerpo legal apporto a nuestra legislación una iniciativa legislativa de tendencia comercial que por su naturaleza no se podía introducir o agregar a ningún otro cuerpo legal preexistente, y por lo tanto nace el primer articulado a nivel nacional específicamente de propiedad industrial, dándole desde ya una jerarquía individual a una rama que siempre se le ha clasificado dentro del ámbito mercantil. La ley de marcas a la cual me refiero, creo los apartados o divisiones en dicha ley, que fueron:

- Ley de marcas, nombres y avisos comerciales.
- De los nombres comerciales.
- De los avisos comerciales.

- De la responsabilidad criminal.

Misma ley que al entrar en vigencia en aquel año, también lo hizo su respectivo reglamento, el cual como normalmente se busca; desarrolla la práctica de la ley, y por ende, conteniendo procedimientos de presentación de las respectivas solicitudes, así como formalismos necesarios para su tramitación y obtención del reconocimiento que los particulares debían cumplir para la obtención y reconocimiento de los derechos de propiedad industrial.

Dentro de otros aportes que se establecen mediante la entrada en vigor del Decreto No. 882 del gobierno del Presidente José María Orellana, se puede incluir el establecimiento de la primera oficina pública para hacer la respectiva inscripción que los derechos de propiedad industrial eran ya susceptibles. Surge entonces en la redacción del articulado “La oficina de Marcas y Patentes”, en la cual el estado cumplía con establecer una dependencia estatal encargada de administrar a los particulares en materia de propiedad industrial; vale agregar que dicho compromiso adquirido a nivel internacional se suscito en la celebración de las convenciones anteriormente mencionadas.

Por último en el decreto No. 882 se estableció al final la clasificación de artículos para el registro de marcas, misma que limitaba la correspondencia entre producto y marca, haciendo una diferencia en base a una clasificación que iba del numero uno al cuarenta y cuatro, que contenía la gran variedad de artículos que por su naturaleza y composición debían de estar sujetos a una marca que caracterizara la misma naturaleza y composición. Es decir que la marca debía de ser una descripción básica de lo que el artículo representaba en sí mismo.

La clasificación como antes lo expuse fue una enumeración de diferentes artículos o productos que por su composición fueron clasificados en base a su composición genérica material, que aunque no plenamente desarrollada, si marco un criterio bastante adecuado para diferenciar los unos de los otros. Como necesaria mención de algunos ejemplos para una mayor comprensión se puede citar a los productos como lo era la tinta y objetos entintadores, aceites y grasas no alimenticios, productos del tabaco, materias primas o parcialmente separadas, y así sucesivamente, dividiéndolas todas en las denominadas clases, correspondiéndole a cada producto la oportunidad de identificarse más plenamente ante dicha oficina registral.

3.5. Ley de Propiedad Industrial y su Reglamento Dto. 57-2000

Siempre como se ha analizado, en la legislación guatemalteca, el derecho de propiedad industrial ha ido avanzando a través de diferentes etapas, marcadas o desencadenadas por factores internos y externos que de una u otra forma han hecho eco y que aun con tímidos intentos de integración de algunas ocasiones y casi de manera obligatoria en otras, el estado ha adquirido y reconocido para su legislación los principios, disposiciones y hasta artículos contenidos en convenios y tratados o arreglos, para complacer a la imperante forma en que se manifiesta la economía mundial.

Por ende es de suprema importancia la emisión del Decreto número 57-2000 del Congreso de la República y su Reglamento, el acuerdo gubernativo 89-2002; que se dio al fin como una real y positiva manera de integrar por completo la actividad industrial a un marco jurídico especializado, y que a mi criterio es de necesaria diferenciación de lo que se puede decir, la típica actividad mercantil.

La Ley de Propiedad Industrial proporciona al marco jurídico guatemalteco los elementos reguladores que es por historia el más completo conjunto de disposiciones articuladas que se gestaran por parte de nuestro organismo legislativo, justificando su origen y necesidad expresamente en sus considerádonos, a mi criterio de manera acertada, ya que hace una breve memoria de cuáles son las razones y causas internas y externas por las que el decreto ha sido creado, mencionando adecuadamente en primer lugar a la Constitución Política de la República, los derechos de los inventores, y en su segundo considerando, señalando específicamente al Convenio de Paris como el causa y al Decreto 57-2000 como efecto; y al estado de Guatemala como correcto cumplidor de los convenios a los cuales se adhiere, siendo un integrante de la Organización Mundial del Comercio.

Por último en su tercer considerando se aclara la necesidad de dejar por un lado la observancia del Convenio Centro Americano y la Ley de Patentes de Invención, ya que no responden a los cambios resultantes de desarrollo industrial, de las tecnologías novedosas que se dan en el comercio internacional actual.

CAPÍTULO IV

4. Propiedad industrial

Para Manuel Ossorio, “es la facultad legítima de disfrutar y disponer de una cosa con exclusión de arbitrio ajeno y de reclamar su devolución cuando se encuentre indebidamente en poder de otro”.³² Cosa que es objeto de dominio, especialmente tratándose de bienes inmuebles, además cualquier finca o predio en concreto, ante el usufructo y por abreviación la nuda propiedad. En el derecho romano la propiedad constituía una suma de derechos, el de usar de la cosa *ius utendi*, el de percibir de los frutos, *fructu*, el de abusar de contenido incierto *Abú tendí*, el de poseer *possidendi*, el de enajenar alienando y el de reivindicar *vindicandi*. Para el legislador civil Argentino Aubry y Rau, la propiedad es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la acción y a la voluntad de una persona. Es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

4.1. Origen de la propiedad industrial

El Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales de Manuel Ossorio define industrial “como maña, destreza o artificio para hacer una cosa”.³³ “Conjunto de operaciones materiales ejecutadas para la obtención, transformación o transporte de uno o varios productos naturales”.³⁴ Suma y conjunto de las industrias de uno mismo o

³² Ossorio Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 617.

³³ **Ibid.** Pág. 253.

³⁴ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** Pág. 193.

de varios géneros, de todo un país o de parte de él. Este concepto se encuentra íntimamente ligado con la economía, con el derecho comercial en el sentido que en algunos tipos de sociedades se admite la coexistencia de los socios capitalistas, que aportan el dinero necesario para el desenvolvimiento de la empresa, con los socios industriales que concurren únicamente con su trabajo y su técnica, y con el derecho laboral, que algunos autores han llamado derecho industrial.

El origen de la propiedad industrial se remonta al año 1833 cuando se adoptó el convenio de París para la protección de la propiedad industrial y en 1866 cuando se adoptó por algunos países el Convenio de Viena para la protección de obras literarias y artísticas.

Según el autor Manuel Ossorio, entiéndase por propiedad industrial “la que recae, sobre el uso de un nombre comercial, marcas de fábrica, de comercio y de agricultura; dibujos y modelos industriales, secretos de fábrica y patentes de invención. La ley protege el derecho exclusivo de quien ostenta a su favor aquellos usos defendiéndolo frente a terceros y frente a toda competencia desleal”.³⁵

La propiedad industrial “trata principalmente de proteger las invenciones, las marcas de fábrica o de comercio, los dibujos o modelos industriales de toda clase de reproducción y de toda competencia desleal”.³⁶

³⁵ Ossorio Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 1329.

³⁶ Estrada De Aldana, Carmelina Morataya. **Breve estudio de la propiedad industrial.** Pág. 75.

4.2. Elementos de la propiedad industrial

- La empresa.

El concepto empresa se encuentra aún en pleno desarrollo, tanto en el campo económico como en el campo jurídico, pero Manuel Ossorio nos da una definición que es la empresa, “la organización de los elementos de la producción, naturaleza, capital y trabajo con miras a un fin determinado”.³⁷ Para el autor René Arturo Villegas Lara la empresa “es una organización del factor capital y el factor trabajo, con destino a la producción de bienes o servicios o la mediación de los mismos para el mercado”.³⁸ El Artículo 655 del Código de Comercio establece se entiende por empresa Mercantil el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados, para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática bienes y servicios.

- La empresa mercantil será reputada como bien mueble.

Se ha planteado incluso la imposibilidad de definir a la empresa, como unidad económica, jurídicamente. Barrera Graf señala que la empresa o negociación mercantil es una figura de índole económica, cuya naturaleza intrínseca escapa al derecho. Su carácter complejo y proteico, la presencia en ella de elementos dispares, distintos entre sí, personales unos, objetivos o patrimoniales otros hace de la empresa una institución imposible de definir desde el punto de vista jurídico.

³⁷ Ossorio Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 428.

³⁸ Villegas Lara, Rene. **Ob. Cit.** Pág. 482.

Afortunadamente nuestro Código de Comercio Decreto número 2-70 le da a la empresa la naturaleza jurídica de bien mueble al incluirla dentro de las cosas mercantiles en el Artículo 4 que establece que son cosas mercantiles: los títulos de crédito, la empresa mercantil y sus elementos, las patentes de invención y de modelo, las marcas, los nombres, los avisos y anuncios comerciales.

4.3. Elementos de la empresa mercantil

Los elementos de la empresa mercantil que estudiaremos son los que establece el Código de Comercio del Artículo 657, el establecimiento, la clientela y la fama mercantil, nombre comercial y los demás signos distintivos de la empresa y del establecimiento, los contratos de arrendamiento, el mobiliario y la maquinaria, los contratos de trabajo, las mercaderías, los créditos y los demás bienes y valores similares, marcas, avisos, anuncios y patentes de invención.

Pasaremos a desarrollar los elementos de la empresa que a mi criterio llevan una relación con el tema que estamos estudiando.

- El establecimiento

En términos genéricos, el establecimiento es el local donde se ubica la empresa, esto es, el lugar donde se instala y desarrolla su actividad mercantil. Además de su establecimiento principal, la empresa puede contar con sucursales (establecimientos secundarios). El lugar de ubicación de la empresa produce importantes efectos jurídicos. Entre otros, determina la competencia judicial y registral, en los negocios en que la empresa interviene. Así mismo, determina el domicilio fiscal de las personas

físicas o morales de acuerdo al lugar donde se encuentre el asiento principal de sus negocios.

En el Artículo 665 del Código de Comercio regula que cualquier cambio de local del establecimiento principal del comerciante deberá hacerse saber al público mediante aviso en el diario oficial e inscribir el cambio en el Registro Mercantil. Omitir esa publicidad genera responsabilidad por los daños y perjuicios que pudiera causarse.

- La clientela y la fama Mercantil

La clientela es el conjunto indeterminado de personas individuales, que mantienen relaciones de mercadeo con la empresa. La fama mercantil es lo que se conoce como aviamiento, es la perfecta organización de un comerciante dentro de la empresa.

El nombre comercial y los demás signos distintivos de la empresa y del establecimiento.

Las actividades del comerciante necesitan protección especial frente a las demás personas que están dentro del ámbito mercantil, para la protección de los bienes que existen dentro del tráfico mercantil, nombre comercial, el aviso comercial, las señales de propaganda, la marca, la patente de invención, el modelo de utilidad y el diseño industrial, todo esto bajo el amparo jurídico de las normas de derecho que integran la ley de propiedad industrial y que a su vez regula el derecho de la propiedad intelectual junto al derecho de autor que trata de propiedad sobre la obra artística y literaria.

El Artículo 668 del Código de Comercio regula que todo lo relativo a los nombres comerciales, marcas, avisos, anuncios, y patentes de invención así como los derechos que los mismos otorgan, se registrarán por las leyes especiales de la materia. La ley

especial que regula esta materia es la Ley de Propiedad Industrial Decreto número 57-2000 del Congreso de la república. El contenido de esta ley responde a convenios y tratados que patrocinan organismos internacionales como organización mundial de comercio OMC, y la organización mundial de la propiedad intelectual. OMPL

Para los efectos de la ley, cuando se mencione el termino ley entiendas que me estoy refiriendo a ley de propiedad industrial y cuando me refiera a otro cuerpo legal lo identificare específicamente, en el Artículo 4 de la ley define a la marca como cualquier signo denominativo, figurativo tridimensional o mixto perceptible visualmente que sea apto para distinguir los productos o servicios de una persona individual o jurídico de los de otra. Y en el mismo Artículo denomina signo distintivo cualquier signo que constituye una marca, nombre comercial, un emblema, una expresión o señal de propaganda o una denominación de origen.

Los signos distintivos de la empresa o los derechos sobre las invenciones aunque no en todos los casos están sujetos a un registro específico, en el registro de la propiedad intelectual. Los signos distintivos están sujetos a principios que debe tenerse en cuenta para su existencia, y son los de novedad, veracidad, accesoriidad. El principio de novedad establece que un signo distintivo debe ser totalmente distinto de otro que se haya utilizado con anterioridad. Por el principio de veracidad el signo no debe no debe confundir al consumidor del bien o al usuario del servicio. El fin primordial de la referida ley es fomentar y proteger la creatividad intelectual que tiene lugar en la industria y el comercio protegiendo los signos distintivos en general.

El derecho exclusivo de utilizar un nombre comercial deviene del uso de la misma, y el dueño o quien tiene el dominio del nombre comercial obtiene más protección si lo registra, el registro es un acto declarativo y no constitutivo, y poder defenderse ante cualquier persona que en un momento determinado quisiera hacer uso de ese mismo nombre comercial o signo distintivo. De acuerdo con Artículo 76 de la ley regula lo relativo a la enajenación del nombre comercial y que solo puede transferirse junto con la empresa o establecimiento que emplea el nombre comercial o aquella parte de la empresa o del establecimiento que lo emplea.

4.3.1. Signos inadmisibles

Nombre comercial inadmisibles. Será inadmisibles para su registro un nombre comercial que:

- No pueda diferenciarse suficientemente de otro nombre comercial usado anteriormente por otro empresario dedicado al mismo giro o actividad mercantil.
- Consista total o parcialmente, en una designación u otro signo ajeno o que sea contrario a la moral o al orden público.
- Sea susceptible de causar confusión en los medios comerciales o en el público, sobre la identidad, la naturaleza, las actividades, el giro comercial o cualquier otro aspecto relativo a la empresa o al establecimiento identificado con el mismo.
- Sea susceptible de causar confusión respecto de los productos, servicios, empresa o establecimiento de un tercero y;

4.3.2. Como se extingue un nombre comercial

El derecho de uso del nombre comercial se extingue por las siguientes circunstancias.

- Cuando se clausura el establecimiento o se suspenden las actividades de la empresa por más de seis meses.
- Cuando el titular solicita la cancelación del registro.
- Cuando se declara judicialmente la nulidad o anulabilidad de registro.

Por resolución judicial en el caso de nombres no registrados, si se discute el Derecho de uso exclusivo de un nombre determinado.

4.3.3. Invenciones, modelos de utilidad y diseños industriales

En este título de la ley se regula todo lo relacionado con el ingenio del hombre aplicado a la industria, y para proteger todo lo que se ha inventado. El Artículo 4 de la ley define invención como toda creación humana que permita transformar la materia o la energía que existe en la naturaleza para su aprovechamiento por el hombre y satisfacer sus necesidades concretas.

4.3.4. Las patentes

Se denomina patente al privilegio de explotar en forma exclusiva un invento o sus mejoras. Recibe también el nombre de patente el documento expedido por el Estado, en el que se reconoce y confiere tal derecho de exclusividad. El Artículo 4 denomina patente al título otorgado por el Estado que ampara el derecho del inventor o del titular

con respecto a una invención cuyos efectos y alcances están determinados por esta ley.³⁹

La materia que no constituye invención son: los simples descubrimientos, las materias o las energías en la forma en que se encuentran en la naturaleza, los procedimientos biológicos tal y como ocurren en la naturaleza y que no supongan intervención humana, salvo los procedimientos microbiológicos, las teorías científicas y los métodos matemáticos, las creaciones puramente estéticas, las obras literarias, y artísticas, los planes, principios, reglas o métodos económicos de publicidad o de negocios y los referidos a actividades puramente mentales o intelectuales o a materia de juego y los programas de ordenador aisladamente considerados, esto según lo regula el Artículo 91 de la ley.

El mismo cuerpo legal, en el Artículo 92 establece la materia excluida de patentabilidad y son los siguientes: Los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales, una invención cuya explotación sea contraria al orden público o a la moral solamente por razón de estar prohibida, limitada o condicionada por alguna disposición legal o administrativa, una invención cuya explotación comercial fuese necesario impedir para preservar la salud o la vida de las personas animales, plantas o el medio ambiente.

³⁹ Illescas Margen, Martha Hortensia. **La marca como medio de protección al consumidor.** Pág. 619.

4.3.5. Modelos de utilidad

Los modelos de utilidad según lo establece el Artículo 4 de la ley es toda mejora o innovación en la forma, configuración o disposición de elementos de algún objeto, o de una parte del mismo que le proporcione algún efecto técnico, en su fabricación, funcionamiento, o uso. Para obtener el derecho sobre un modelo de utilidad es necesario solicitar y obtener patente de modelo de utilidad, tramitándolo ante el registro de propiedad intelectual. Dos presupuestos son necesarios para que se pueda solicitar patente de modelo de utilidad y estos son: Que sea susceptible de aplicación industrial y que tenga novedad.

4.3.6 Diseños industriales

El diseño industrial “es propiedad del diseñador, aunque acepta la copropiedad, no es necesario extender patente de invención, solamente se registra y el titular solamente recibirá un certificado de la operación registral”.⁴⁰ Ahora bien la ley en el Artículo 4 establece que el diseño industrial comprende tanto los dibujos como los modelos industriales. Los primeros deben entenderse como toda combinación de figuras, líneas o colores que se incorporen a un producto industrial o artesanal con fines de ornamentación y que le den una apariencia particular y propia; y los segundos como toda forma tridimensional, que sirva de tipo patrón para la fabricación de un producto tipo industrial, que le dé un aspecto esencial y que no tenga fines y funciones técnicas.

⁴⁰ Sopeña, Ramón. **Diccionario enciclopédico ilustrado Sopena**. Pág. 327.

CAPÍTULO V

5. acuerdos del Doha Qatar respecto al acuerdo sobre ADPIC

5.1. Fines de la declaración de Doha Qatar

Iniciaremos indicando, que la Declaración de Doha Qatar, relativa al Acuerdo Sobre los ADPIC y Salud Pública, fue adoptada por los estados miembros el día 14 de noviembre de 2001.

En esta declaración los ministros recalcan la importancia de que el Acuerdo Sobre los ADPIC, se aplique e intérprete de manera que apoye la salud pública, promoviendo tanto el acceso a los medicamentos existentes como la creación de nuevos medicamentos, y hacen referencia a su declaración aparte sobre este tema.

Esa Declaración parte sobre los ADPIC y la salud pública y está encaminada a responder a las preocupaciones sobre las posibles repercusiones del acuerdo sobre los ADPIC para el acceso a los medicamentos.

En ella se hace hincapié en que el Acuerdo Sobre los ADPIC, no impide ni debe impedir que los gobiernos Miembros adopten medidas para proteger la salud pública, y se afirma, para evitar cualquier reserva de los gobiernos, el derecho de éstos, a utilizar las flexibilidades previstas en el Acuerdo.

La declaración señala que el Acuerdo debe interpretarse de manera que apoye el derecho de los gobiernos a proteger la salud pública. Asimismo da directrices a los distintos Miembros con respecto a las resoluciones en materia de solución de

diferencias. En la declaración aparte se aclaran algunas de las formas de flexibilidad disponibles, sobre todo las licencias obligatorias y las importaciones paralelas.

5.2. Los acuerdos de ADPIC y DOHA QATAR en el derecho internacional

El Acuerdo Sobre los ADPIC, constituye los aspectos convenidos o pactados por los estados miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que reconocen la imperatividad de crear nuevas disciplinas y normas que regulen la aplicación de todos los acuerdos o convenios internacionales celebrados en materia de propiedad industrial, y que a la vez provean de eficacia jurídica a los derechos adquiridos y reclamados en cualquier momento por sus titulares en materia de comercio; extendiendo tal eficacia de los mencionados derechos con el establecimiento de instancias jurídicas eficaces que las hagan valer; señalando asimismo, la importancia de la puesta en marcha de procedimientos que prevengan las diferencias que puedan generarse entre los gobiernos contratantes.

En tal virtud, debemos afirmar que el Estado guatemalteco como miembro de la OMC, al haber aceptado y ratificado dicho acuerdo, reconoció en el plano del derecho internacional, su obligatoriedad a dar pleno cumplimiento a su contenido, sin embargo, de manera adicional, nuestra nación aceptó y ratificó la declaración celebrada en Doha Qatar, la cual como instrumento jurídico, ratifica los derechos y facultades que asisten a los estados miembros firmantes del acuerdo general sobre los ADPIC, y que por lo tanto, el ejercicio de los mencionados derechos, son susceptibles de hacerse valer por cualquiera de los mismos estados, que presenten en sus territorios las condiciones en

ellos indicados para su ejercicio, sin condición alguna como podría ser la reforma a leyes internas.

5.3. Los tratados de ADPIC y DOHA QATAR en la legislación guatemalteca

El acuerdo sobre los ADPIC y la Declaración de DOHA QATAR, constituyen convenciones internacionales que protegen PER SE derechos humanos; ambas han sido en su oportunidad aceptadas y ratificadas por el Estado guatemalteco, en su calidad de Miembro de la Organización Mundial del Comercio; y ante tal circunstancia han pasado a formar parte del marco jurídico nacional, tal y como lo establece la propia Constitución Política de la República al indicar textualmente: “Artículo 46. - Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

A ese respecto, señala la Corte de Constitucionalidad: “Esta Corte estima conveniente definir su posición al respecto. Para ello parte del principio hermenéutico de que la Constitución, debe interpretarse como un conjunto armónico, en el significado de que cada parte debe determinarse en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas del texto. En primer término, el hecho de que la constitución haya establecido esa supremacía sobre el derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerda

con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución.⁴¹

Ante lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que tanto el Acuerdo General Sobre los ADPIC como la Declaración de DOHA QATAR, forman parte del ordenamiento jurídico guatemalteco, y que como parte del mismo posee un rango de norma constitucional, misma que puede hacerse valer en cualquier momento, lugar y época por los guatemaltecos y no digamos por nuestras autoridades y gobierno para garantizarle al pueblo de nuestra nación su derecho y acceso a la salud y a los medicamentos.

5.4. Los derechos adquiridos de la firma de los Tratados de ADPIC y Doha Qatar, frente a la OMC

Creemos conveniente, iniciar esta parte del trabajo, citando textualmente los derechos que asisten a los estados miembros en vías de desarrollo, contenidos en la Declaración de DOHA QATAR, la cual ratifica y define las flexibilidades del Acuerdo General Sobre los ADPIC:

1. “Reconocemos la gravedad de los problemas de salud pública que afligen a muchos países en desarrollo y menos adelantados, especialmente los resultantes del VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias.

⁴¹ **Síntesis del Tratado de Libre Comercio.** Ministerio de Economía. Pág. 32.

2. Recalcamos la necesidad de que el acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Industrial Relacionados con el Comercio (Acuerdo Sobre los ADPIC) de la OMC forme parte de la acción nacional e internacional más amplia encaminada a hacer frente a estos problemas.
3. Reconocemos que la protección de la propiedad intelectual es importante para el desarrollo de nuevos medicamentos. Reconocemos asimismo las preocupaciones con respecto a sus efectos sobre los precios.
4. Convenimos en que el Acuerdo Sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En consecuencia, al tiempo que reiteramos nuestro compromiso con el Acuerdo Sobre los ADPIC, afirmamos que dicho Acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos. A este respecto, reafirmamos el derecho de los Miembros de la OMC de utilizar, al máximo, las disposiciones del Acuerdo Sobre los ADPIC, que prevén flexibilidad a este efecto.
5. En consecuencia y a la luz del párrafo cuatro supra, al tiempo que mantenemos los compromisos que hemos contraído en el Acuerdo Sobre los ADPIC, reconocemos que estas flexibilidades incluyen:
 - a. “Al aplicar las normas consuetudinarias de interpretación del derecho, se harán de acuerdo a las disposiciones del acuerdo de los ADPIC, se leerá

- a la luz del objeto y fin del acuerdo tal como se expresa, en particular, en sus objetivos y principios.
- b. Cada miembro tiene el derecho de conceder licencias obligatorias y la libertad de determinar las bases sobre las cuales se conceden tales licencias.
 - c. Cada Miembro tiene el derecho de determinar lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, quedando entendido que las crisis de salud pública, incluidas las relacionadas con el VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias, pueden representar una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia.
 - d. El efecto de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, que son pertinentes al agotamiento de los derechos de propiedad intelectual es dejar a cada Miembro en libertad de establecer su propio régimen para tal agotamiento sin impugnación, a reserva de las disposiciones de los Artículos tres y cuatro sobre trato NMF y trato nacional”.
6. Reconocemos que los Miembros de la OMC cuyas capacidades de fabricación en el sector farmacéutico son insuficientes o inexistentes podrían tropezar con dificultades para hacer un uso efectivo de las licencias obligatorias con arreglo al Acuerdo Sobre los ADPIC. Encomendamos al Consejo de los ADPIC que encuentre una pronta solución a este problema y que informe al respecto al Consejo General antes del fin de 2002.

7. Reafirmamos el compromiso de los países desarrollados miembros de ofrecer a sus empresas e instituciones incentivos destinados a fomentar y propiciar la transferencia de tecnología a los países menos adelantados Miembros de conformidad con el párrafo dos del Artículo 66.

También convenimos en que los países menos adelantados Miembros no estarán obligados con implementar o aplicar las secciones cinco y siete de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC ni a hacer respetar los derechos previstos en estas secciones hasta el primero de enero de dos mil dieciséis, sin perjuicio del derecho de los países menos adelantados Miembros de recabar otras prórrogas de los períodos de transición con arreglo a lo dispuesto en el párrafo uno del Artículo 66 del Acuerdo sobre los ADPIC. Encomendamos al Consejo de los ADPIC que adopte las disposiciones necesarias para dar a esto efecto de conformidad con el párrafo uno del Artículo 66 del Acuerdo Sobre los ADPIC”.

Del contenido anterior, que integra la Declaración de DOHA QATAR, el punto más difícil de encontrar consenso entre los Estados Miembros fue el relativo al párrafo seis, mismo que originó muchas deliberaciones, que pretendían plantear una solución al problema de la producción insuficiente o inexistente de los Miembros de los países en desarrollo que tengan problema para hacer un uso efectivo de las licencias obligatorias con arreglo al Acuerdo Sobre los ADPIC. Por lo que el día 30 de agosto de 2003 el Consejo General de los ADPIC, emitió su decisión con respecto a la aplicación de dicho párrafo, en la que se convino en realizar modificaciones jurídicas, que facilitarán que los países más pobres importen medicamentos genéricos más baratos, fabricados al amparo de

licencias obligatorias sino cuentan con la capacidad de fabricar esos medicamentos por sí mismos el cual transcribimos por su importancia a continuación:

“El Consejo General, teniendo en cuenta los párrafos uno, tres y cuatro del Artículo IX del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (el “Acuerdo sobre la OMC”);

Desempeñando las funciones de la Conferencia Ministerial en el intervalo entre reuniones de la misma, de conformidad con el párrafo dos del Artículo IV del acuerdo sobre la OMC; observando la Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública y, en particular, que la Conferencia Ministerial ha encomendado al Consejo de los ADPIC, en el párrafo seis de la Declaración, que encuentre una pronta solución al problema de las dificultades con que los miembros de la OMC cuyas capacidades de fabricación en el sector farmacéutico son insuficientes o inexistentes podrían tropezar para hacer un uso efectivo de las licencias obligatorias con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC, y que informe al respecto al Consejo General antes del final de dos mil dos; reconociendo, en los casos en que los Miembros importadores habilitados traten de obtener suministros en el marco del sistema expuesto en la presente Decisión, la importancia de dar una respuesta rápida a las necesidades de manera compatible con las disposiciones de la presente Decisión; observando que, a la luz de lo expuesto, existen circunstancias excepcionales que justifican exenciones de las obligaciones establecidas en los apartados f) y h) del artículo 31 del Acuerdo Sobre los ADPIC, con respecto a los productos farmacéuticos, decide lo siguiente:

1. A los efectos de la presente Decisión:

- Por “Producto farmacéutico”, se entiende cualquier producto patentado, o producto manufacturado mediante un proceso patentado, del sector farmacéutico necesario para hacer frente a los problemas de salud pública reconocidos en el párrafo uno de la Declaración. Queda entendido que estarían incluidos los ingredientes activos necesarios para su fabricación y los equipos de diagnóstico necesarios para su utilización;
- Por “Miembro importador habilitado”, se entiende cualquier país menos adelantado y cualquier otro que haya notificado al Consejo de los ADPIC, su intención de utilizar el sistema como importador, quedando entendido que un Miembro podrá notificar en todo momento que utilizará el sistema en su totalidad o de manera limitada, por ejemplo: Únicamente en el caso de una emergencia nacional y otras circunstancias de extrema urgencia o en casos de utilización pública no comercial. Cabe señalar que algunos no utilizarán el sistema expuesto en la presente decisión como importadores y que otros han declarado que, si utilizan el sistema, lo harán sólo en situaciones de emergencia nacional o de otras circunstancias de extrema urgencia;
- Por “Miembro exportador” se entiende todo el que utilice el sistema expuesto en la presente Decisión a fin de producir productos farmacéuticos para un importador habilitado y de exportarlos al mismo.

2. Se eximirá a un miembro exportador del cumplimiento de las obligaciones que le corresponden en virtud del apartado f) del Artículo 31 del acuerdo sobre los ADPIC con respecto a la concesión por aquel, de una licencia obligatoria en la medida necesaria para la producción de un producto o productos farmacéuticos y su exportación a un miembro importador habilitado de conformidad con los términos que a continuación se enuncian en este párrafo:
- a) “Cuando al miembro o miembros importadores habilitados hayan hecho al Consejo de los ADPIC una notificación, en la cual:
- Se especifiquen los nombres y cantidades previstas del producto o productos necesarios;
 - Se confirme que el Miembro importador habilitado en cuestión, a menos que sea un país menos adelantado Miembro, ha demostrado de una de las formas mencionadas en el Anexo de la presente Decisión, que sus capacidades de fabricación en el sector farmacéutico son insuficientes o inexistentes para los productos de que se trata; y
 - Se confirme que, cuando un producto farmacéutico esté patentado en su territorio, ha concedido o tiene intención de conceder una licencia obligatoria de conformidad con el Artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC y las disposiciones de la presente decisión;
- b) Cuando la licencia obligatoria expedida por el miembro exportador en virtud de la presente Decisión contenga las condiciones siguientes.

- Sólo podrá fabricarse al amparo de la licencia la cantidad necesaria para satisfacer las necesidades del Miembro o los Miembros importadores habilitados, y la totalidad de esa producción se exportará al Miembro o Miembros que hayan notificado sus necesidades al Consejo de los ADPIC;
 - Los productos producidos al amparo de la licencia se identificarán claramente, mediante un etiquetado o marcado específico, como producidos en virtud del sistema expuesto en la presente Decisión. Los proveedores deberán distinguir esos productos mediante un embalaje especial y/o un color o una forma especiales de los productos mismos, a condición de que esa distinción sea factible y no tenga una repercusión significativa en el precio; y
 - Antes de que se inicie el envío, el licenciatarario anunciará en un sitio Web la siguiente información;
 - ❖ Las cantidades que va a suministrar a cada destino a que se hace referencia en el inciso i) supra; y
 - ❖ Las características distintivas del producto o productos a que se hace referencia en el inciso ii) supra.
- c) El miembro exportador notificará al Consejo de los ADPIC la concesión de la licencia, incluidas las condiciones a que esté sujeta. La información proporcionada incluirá el nombre y dirección del licenciatarario, el producto o productos para los cuales se ha concedido la licencia, la cantidad o las cantidades para las cuales ésta ha sido concedida, el país o países a los cuales

se ha de suministrar el producto o productos y la duración de la licencia. En la notificación se indicará también la dirección del sitio Web a que se hace referencia en el inciso iii) del apartado b) supra”.

3. Cuando un miembro exportador conceda una licencia obligatoria en virtud del sistema expuesto en la presente Decisión, se recibirá en ese miembro una remuneración adecuada de conformidad con el apartado h) del Artículo 31 del acuerdo sobre los ADPIC, habida cuenta del valor económico que tenga para el país importador el uso autorizado en el que es exportador. Cuando se conceda una licencia obligatoria respecto de los mismos productos en el importador habilitado, se eximirá al mismo sobre el cumplimiento de la obligación que le corresponde en virtud del apartado h) del Artículo 31 respecto de aquellos productos por los que se reciba en el miembro exportador una remuneración de conformidad con la primera oración de este párrafo.

4. Con miras a asegurar que los productos importados al amparo del sistema expuesto en la presente Decisión se utilicen para los fines de salud pública implícitos en su importación, los importadores habilitados aportarán medidas razonables que se hallen a su alcance, proporcionales a sus capacidades administrativas y al riesgo de desviación del comercio, para prevenir la reexportación de los productos que hayan sido efectivamente importados en sus territorios en virtud del sistema. En el caso de que un Miembro importador habilitado que sea un país en desarrollo o un país menos adelantado, tropiece con dificultades al aplicar esta disposición, los países desarrollados prestarán,

previa petición, y en términos y condiciones} mutuamente acordados, cooperación técnica y financiera con el fin de facilitar su aplicación.

5. Los países miembros se asegurarán de que existan medios legales eficaces para impedir la importación a sus territorios y la venta en ellos de productos que hayan sido producidos de conformidad con el sistema establecido en la presente decisión y desviados a sus mercados de manera incompatible con las disposiciones de la misma, y para ello utilizarán los medios que ya deben existir en virtud del acuerdo sobre los ADPIC. Si un país miembro considera que dichas medidas resultan insuficientes a tal efecto, la cuestión podrá ser examinada a petición de dicho país, en el Consejo de los ADPIC.

6. Con miras a aprovechar las economías de escala para aumentar el poder de compra de productos farmacéuticos y facilitar la producción local de los mismos:
 - i. “Cuando un país en desarrollo o menos adelantado miembro de la OMC sea parte en un acuerdo comercial regional, en el sentido del Artículo XXIV del GATT de 1994 y la Decisión de 28 de noviembre de 1979 sobre trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo (L/4903), la mitad de cuyos miembros, al menos, sean países que figuran actualmente en la lista de países Menos adelantados de las Naciones Unidas, se eximirá a ese miembro del cumplimiento de la obligación que le corresponde en virtud del apartado f) del Artículo 31 del acuerdo Sobre los ADPIC en la medida necesaria para que un producto farmacéutico producido o importado al amparo de una licencia obligatoria en ese miembro pueda exportarse a los mercados de

aquellos otros países en desarrollo o menos adelantados partes en el acuerdo comercial regional que compartan el problema de salud en cuestión. Se entiende que ello será sin perjuicio del carácter territorial de los derechos de patente en cuestión;

- ii. Se reconoce que deberá fomentarse la elaboración de sistemas que prevean la concesión de patentes a nivel regional que sean aplicables en los miembros a que se hace referencia supra. A tal fin, los países en desarrollo miembros se comprometen a prestar cooperación técnica de conformidad con el artículo 67 del Acuerdo sobre los ADPIC, incluso en conjunción con otras organizaciones intergubernamentales pertinentes.

7. Los miembros reconocen la conveniencia de promover la transferencia de tecnología y la creación de capacidad en el sector farmacéutico con objeto de superar el problema identificado en el párrafo 6 de la Declaración. Con tal fin, se alienta a los miembros importadores habilitados y a los exportadores a que hagan uso del sistema establecido en la presente decisión de manera que favorezca el logro de este objetivo. Los miembros se comprometen a cooperar prestando especial atención a la transferencia de tecnología y la creación de capacidad en el sector farmacéutico en la labor que ha de emprenderse de conformidad con el párrafo dos del Artículo 66 del Acuerdo Sobre los ADPIC y el párrafo siete de la Declaración, así como en otros trabajos pertinentes del Consejo de los ADPIC.

8. El Consejo de los ADPIC examinará anualmente el funcionamiento del sistema expuesto en la presente Decisión con miras a asegurar su aplicación efectiva e informará anualmente sobre su aplicación al Consejo general. Se considerará que este examen cumple las prescripciones en materia de examen que figuran en el párrafo cuatro del Artículo IX del Acuerdo sobre la OMC.
9. La presente decisión se entiende sin perjuicio de los derechos, obligaciones y flexibilidades que corresponden a los Miembros en virtud de las disposiciones del Acuerdo Sobre los ADPIC fuera de los apartados f) y h) del Artículo 31, incluidas las reafirmadas en la Declaración, ni de su interpretación. Se entiende también sin perjuicio de la medida en que los productos farmacéuticos producidos al amparo de una licencia obligatoria puedan exportarse conforme a las actuales disposiciones del apartado f) y h) del Artículo 31, incluidas las reafirmaciones en la Declaración, ni de su interpretación. Se entiende también sin perjuicio de la medida en que los productos farmacéuticos producidos al amparo de una licencia obligatoria puedan exportarse conforme a las actuales disposiciones del apartado f) del Artículo 31 del acuerdo sobre los ADPIC.
10. Los miembros no impugnarán, al amparo de los apartados b) y c) del párrafo uno del artículo XXIII del GATT de 1994, ninguna medida adoptada de conformidad con las disposiciones de las exenciones contenidas en la presente decisión.
11. La presente decisión, incluidas las exenciones concedidas en ella, quedará sin efecto para cada miembro en la fecha en que entre en vigor para aquel una enmienda del Acuerdo Sobre los ADPIC, que sustituya sus disposiciones. El

Consejo de los ADPIC iniciará no más tarde del final de 2003 los trabajos de preparación de dicha enmienda con miras a su adopción en un plazo de seis meses, en el entendimiento de que la enmienda se basará, cuando proceda, en la presente decisión y de que no será parte de las negociaciones a que se refiere el párrafo 45 de la Declaración Ministerial de Doha”.

5.5. Connotación de la firma del DR – CAFTA para Guatemala y el principio constitucional de acceso a la salud

5.5.1. Estados Unidos de Norteamérica y la presión sobre el Estado guatemalteco que obliga a modificar la Ley de Propiedad Industrial para la firma del tratado de libre comercio entre ambas naciones

La presión a la que hacemos referencia en esta parte, se encuentra documentada a través de las manifestaciones públicas, realizadas por diversos sectores sociales del país, mismas que al referir cronológicamente, nos permiten visualizar puntualmente el panorama en este título tratado, dentro de las cuales podemos citar las que consideramos de importancia valedera así como contundentes por la fuente de donde provienen, es así como inicialmente, citaremos al licenciado José Molina Calderón, quien al señalar la presión del gobierno estadounidense sobre el guatemalteco, ejemplifica el funcionamiento de similar intromisión en otro país miembro del DR CAFTA: “La polémica que recién se suscitó sobre los productos genéricos farmacéuticos involucra a varios sectores económicos: gobierno norteamericano, productores de genéricos, los productores de medicinas con patente y los adversarios permanentes de la política norteamericana. Por supuesto, también a los distribuidores y

comercializadores de esos productos en el país. Los consumidores no han tenido voz organizada.⁴²

El Diario de Centroamérica publicó el 23 de diciembre de 2004 el Decreto del Congreso de la República 34-2004, bajo el título “Reformas a la Ley de Propiedad Industrial, Decreto No. 57-2000 del Congreso de la República y sus Reformas”, el cual deroga el Decreto No. 9-2003 del mismo órgano legislativo.

El gobierno estadounidense indica que por el texto de dicha ley se le dificultará presentar a su propio Congreso el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América (EUA),... Tiene un plazo hasta el mes de abril para dicha presentación. Por eso, es que la ley en cuestión les cayó como pelo en la sopa.

Para muestra un botón sobre las cuestiones comerciales; recientemente, el gobierno norteamericano promovió el cambio de una ley al gobierno de la República Dominicana. Éste último había establecido un impuesto del 25 por ciento a las bebidas importadas producidas con edulcorante de maíz. El gobierno dominicano no resistió la presión, eliminó el impuesto, y automáticamente se restableció el apoyo al Tratado de Libre Comercio en ese país por parte del gobierno de EUA.

Pues bien, a los quince días de emitida la nueva ley guatemalteca, se emitió el Acuerdo Gubernativo No. 3-2005 del Ministerio de Economía, que lleva por título “Reformas al Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial, Acuerdo Gubernativo No. 89-2002”. Ésta

⁴² Umaña Salcedo, Oscar Guillermo. **Historia del derecho de propiedad industrial**. Pág. 215.

fue una respuesta rápida para aplacar al gobierno estadounidense, y dar una señal de que no se quiere entorpecer la ratificación del DR-CAFTA de todos los países participantes.

El reglamento emitido a la velocidad del rayo - algo no usual en Guatemala – es candidato para que alguien presente un Recurso de Inconstitucionalidad por contener aspectos superiores a la ley. La solución definitiva es que el Congreso apruebe una nueva ley que vaya de acuerdo con el interés de ratificar el DR-CAFTA”.

Vásquez Martínez, Edmundo, escribe: “... Después de que el Congreso de la República aprobó el Decreto 34-2004, con el cual se libera la protección de los datos de prueba de cinco años para los productos farmacéuticos, y diez para los agroquímicos, el Gobierno estadounidense manifestó su oposición y amenazó, incluso con excluir a Guatemala del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre RD, EE.UU. y Centroamérica”.⁴³ Herbert Hernández, del periódico Prensa Libre, manifiesta: “Medicinas: Demasiada protección. El capítulo de propiedad intelectual del acuerdo afecta genéricos: La garantía de protección industrial e intelectual encarecerá las medicinas y retrasará el desarrollo científico de la industria farmacéutica.

El rechazo es a los 20 años de protección de patentes de fórmulas agroquímicas y de medicinas así como los cinco agregados cuando se le encuentre una nueva propiedad a la misma”.

⁴³ Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 211.

Como puede, estimarse, la inconformidad poblacional, radica en considerar que se pretende por parte del gobierno guatemalteco el reemplazar una ley que cumple con aprovechar las flexibilidades contenidas y permitidas tanto por el Acuerdo General Sobre los ADPIC como por la Declaración de DOHA QATAR, por preceptos legales que favorecen a un pequeño sector industrial foráneo, tal y como lo constituyen las empresas farmacéuticas transnacionales.

Lo anteriormente indicado también es susceptible de ser apreciado y deducido del texto que integra la iniciativa de ley, presentada por el Presidente de la República al Congreso de la República, y el cual pasaremos a continuación a analizar, iniciando por la parte de la exposición de motivos:

“La obligación del Estado de hacer efectivo el derecho a la salud asegurando a la población el acceso a productos de calidad y bajo precio así como el compromiso de Guatemala de proteger los esfuerzos e inversiones de la industria farmacéutica de investigación y desarrollo, destinados a disponer de medicamentos innovadores para la atención de problemas de salud. Esta situación ha llevado a una aguda polémica a nivel nacional, que enfrenta a las multinacionales farmacéuticas y a los laboratorios nacionales. La problemática involucra a los derechos de propiedad intelectual y, en particular a la tutela que se debe de dar, por medio de la ley de Propiedad Industrial, a los llamados “datos de prueba” (estudio que deben realizarse para determinar la seguridad y eficacia de los medicamentos o de los productos químicos agrícolas).

Se ha sostenido entre otros argumentos, que, la protección a los datos de prueba, limita el derecho de la población, a poder adquirir productos genéricos a costos razonables y obliga al Estado a destinar mayores recursos para la compra de medicamentos, que además provocará la quiebra de los productores locales y concede privilegios excesivos que sobrepasan los compromisos que Guatemala ha adquirido a nivel internacional”.

Haciendo una primera acotación a la exposición, diremos que lo anteriormente planteado por el señor Presidente de la República, hace a un lado un derecho adquirido por la República de Guatemala, a partir de su aceptación al Acuerdo General Sobre los ADPIC así como por su posterior ratificación, a través de la Declaración de DOHA QATAR, y que si de algo adolece el Decreto Número 34-2004, es de darle estricto cumplimiento al contenido de los instrumentos internacionales nacidos al amparo de la propia Organización Mundial del Comercio; la exposición continua manifestando:

“Otros por su parte, señalan que eliminar la protección a los datos de prueba, perjudicará la investigación y desarrollo de nuevos productos; favorecerá condiciones de competencia desleal en el mercado, al beneficiarse unos del esfuerzo de otros, tendrá un efecto negativo en la inversión nacional y extranjera y en la generación de nuevos empleos, constituirá una señal negativa de falta de certeza y seguridad jurídica, colocará al país en el grave riesgo de ser objeto de sanciones comerciales como consecuencia de establecer una medida contraria a sus compromisos multilaterales ante la OMC”.

En una segunda intervención a la exposición de motivos en estudio, diremos que jamás puede ser creíble el párrafo precedente, toda vez que tanto el Acuerdo General Sobre

los ADPIC como la Declaración de DOHA QATAR derivan de la propia Organización Mundial del Comercio, y que de ser afirmativo lo aseverado por la exposición de motivos de la iniciativa de ley presentada por el Presidente de la República, esto únicamente se podría tomar como la contradicción más grande de la OMC y daría lugar a considerarla y hasta de acusarla de ser un organismo internacional sin seriedad y credibilidad jurídica.

Por otro lado, pasando a la parte considerativa de la iniciativa en análisis, nos encontramos con el considerando número seis, el cual textualmente indica:

CONSIDERANDO:

Que es responsabilidad del Estado cumplir y hacer que se cumpla la Constitución Política de la República de Guatemala, siendo que el Decreto 34-04 del Congreso de la República atenta la norma fundamental en los Artículos uno, dos, tres, 43, 44, 47, 51, 52, 53, 79, 80, 93, 94, 95, 96, 98, 99, 119 incisos a), d), i), k), l) y n), 130 de la Constitución Política de la República de Guatemala”.

Y, al analizar precisamente el sexto considerando del Decreto Número 34-2004 que se derogó, el cual citamos a continuación:

CONSIDERANDO:

Que es responsabilidad del Estado cumplir y hacer que se cumpla la Constitución Política de la república y, siendo que el Decreto Número 9-2003 vulnera dicha norma

fundamental en los Artículos uno, dos, tres, 43, 44, 51, 79, 93, 94, 95, 99, 119 y 130, se declara de Urgencia Nacional promover las actuales reformas”.

Notamos que la iniciativa de reforma a la Ley de Propiedad Industrial, número 31-88, presentada por el Presidente de la República, nuevamente vuelve a apoyarse en trece de los mismos Artículos en los que se funda el Decreto Número 34-2004, mismo que fue sancionado por el Presidente Berger. Y no lo decimos por que no pueda un presidente enderezar una mala decisión, sino por el hecho de, cómo puede, apoyado en los mismos argumentos que le brindan los Artículos constitucionales citados, haber dos políticas de Estado en tan solo 39 días (dado que el Decreto Número 34-2004 fue sancionado el día 21 de diciembre de 2004, mientras que la iniciativa fue presentada el día 28 de enero de 2005).

Continuando con el análisis de la reforma reciente a la Ley de Propiedad Industrial (Decreto 30-2005), encontramos que el Artículo uno de la misma, concede una condición discrecional para que la autoridad administrativa competente pueda o no exigir previo a la aprobación de la comercialización de nuevos productos farmacéuticos la presentación de datos no divulgados sobre la seguridad y eficacia de los mismos.

Asimismo, el Artículo indica: “... no permitirá que terceros que no cuenten con el consentimiento de la persona que obtuvo tal aprobación en otro país previamente, obtengan autorización o comercialicen un producto sobre la base de evidencia de aprobación de comercialización previa en otro país o información relativa a la seguridad o eficacia entregada previamente para obtener la aprobación de comercialización en ese país por un período de cinco años para productos farmacéuticos y diez años para

productos químicos agrícolas a partir de la fecha en que la aprobación fue otorgada en el país a la persona que recibió la aprobación en otro país”.

Esta parte dilata el arribo del beneficio a la salud guatemalteca de un medicamento solo por el hecho de haber sido registrado posteriormente en nuestro país o simplemente, por no haber sido registrado.

5.6. La regulación del acceso a los medicamentos contenida en el DR – CAFTA y los derechos humanos del orden social

Dentro del DR CAFTA, los temas relacionados con la salud, se encuentran ubicados dentro del Capítulo 15, el cual es de complicado lenguaje y contiene cláusulas contrarias a los derechos humanos, que en el caso de nuestro país, se encuentran protegidos por la Constitución Política de la República y por Tratados y Convenios Internacionales. Por otro lado, contiene cláusulas contrarias a los estándares de propiedad intelectual reconocidos, en otros instrumentos internacionales, debido a que fueron negociados en secreto e impuestas bajo presiones ejercidas por los Estados Unidos de América.

En el numeral siete, se indica que nada debe contradecir los compromisos y derechos asumidos en la OMC y la OMPI, como confirmando las flexibilidades permitidas por el Acuerdo de los ADPIC y ratificadas en la Declaración de Doha Qatar; sin embargo, en el resto del capítulo, se incluyen medidas que impiden la posibilidad de aplicar esas flexibilidades.

En el Artículo 15.9 numeral cinco únicamente permite pruebas previas de comercialización de un genérico, una vez expirada una patente. Mientras que en el Acuerdo de los ADPIC, existen otros mecanismos para autorizar el uso de un invento, antes de vencerse la patente, como las licencias obligatorias, que permiten producir más barata, en una crisis, la misma medicina.

Por su parte, el Artículo 15.10, viola las facultades contenidas en la Enmienda Bolar de Estados Unidos de América, la Autorización de Zoellick, El Acuerdo General Sobre los ADPIC y por su puesto la Declaración de DOHA QATAR en la OMC. Ya que el numeral establece la exclusividad de los datos de prueba, una exclusividad inexistente en cualquier otro acuerdo y que evidentemente antepone el interés de las farmacéuticas norteamericanas al de la Salud Pública nacional.

El párrafo 15.10 numeral uno, literal a, establece un rígido monopolio de cinco años contra el uso de datos por los productores de genéricos, sin restringirlo al uso comercial ilegítimo como en el Acuerdo de los ADPIC, éste es un monopolio adicional, distinto al de las patentes y que no figura en el Acuerdo General Sobre los ADPIC.

En el párrafo 15.10, numeral uno, literal b, se extiende ese monopolio sobre el uso de datos hasta incluir aquellos entregados para aprobación de “venta en otro territorio”, esto cubre no sólo los Estados Unidos sino los países fuera del acuerdo y hasta territorios aduaneros como Hong Kong y Macao. Esto permite aplazar una solicitud de autorización en Centroamérica, mientras se cumplen cinco años de exclusión afuera y hacerla luego para obtener otros cinco años de exclusión contra la versión genérica. Esto implica un retraso técnico farmacéutico de 10 años mínimo.

El párrafo 15.10, numeral uno, literal c, cambia el importante concepto de “nueva entidad química” establecida en el Acuerdo Sobre los ADPIC, por el de “nuevo producto”, definido como aquello que no ha sido previamente aprobado en el país, o sea, que el trámite burocrático puede otorgar rango de invención a cualquier conocimiento notorio que no esté ya registrado en el país. Esta última situación complementa el Artículo 15.9 numeral 2, donde las partes acuerdan permitir la emisión de patentes sobre plantas y animales, lo cual es excluido en el Acuerdo Sobre los ADPIC, específicamente en el Artículo 27.3.

Por último en el Artículo 15.9 (4), se renuncia al derecho de permitir importaciones paralelas de farmacéuticos y agroquímicos. Un derecho reconocido en el Acuerdo Sobre los ADPIC, en la Declaración de DOHA QATAR e incluso por las leyes de Estados Unidos de América, así como de la Unión Europea en sus normas sobre la competencia. Pasando los gobiernos centroamericanos a ser los policías y garantes de la obediencia a la repartición gerencial de mercados decidida por los empresarios farmacéuticos norteamericanos.

5.7. La impugnación constitucional del DR – CAFTA, en materia de acceso a la salud y a los Medicamentos genéricos

Sobre éste punto empezaremos indicando, que organizaciones tales como: La Mesa Global, la Central General de Trabajadores de Guatemala (CGTG), la Unidad de Acción sindical (UASP), Magisterio Nacional, la Coordinadora de Organizaciones Campesinas (CNOC), Asociación de Estudiantes Universitarios de la Universidad de San Carlos (AEU), la Universidad de San Carlos de Guatemala, han solicitado al gobierno de la

República que convoque a una Consulta Popular, al pueblo guatemalteco previo a ratificar el Tratado de Libre Comercio, amparados en el Artículo 173 de la Constitución Política de la República, el cual textualmente establece:

“Artículo 173. Procedimiento consultivo. Las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos.

La consulta será convocada por el Tribunal Supremo Electoral a iniciativa del Presidente de la República o del Congreso de la República, que fijarán con precisión la o las preguntas que se someterán a los ciudadanos. La Ley Constitucional Electoral regulará lo relativo a esta institución”.

Sin embargo, el día 15 de marzo de 2005, el Presidente de la República, sanciona el Decreto Número 31-2005 del Congreso de la República, por el cual se aprueba el Tratado de Libre Comercio, República Dominicana, Centroamérica, Estados Unidos de América; mismo que fue aprobado de urgencia nacional.

El primero de abril de dos mil cinco, el Rector de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Doctor Luis Alfonso Leal Monterroso, presentó ante la Corte de Constitucionalidad, una acción legal parcial de inconstitucionalidad, en contra del procedimiento de aprobación y ratificación del Tratado de Libre Comercio; dejando para la oportunidad, en que el mismo, sea publicado en su totalidad en el Diario de Centroamérica, una nueva acción, en contra de aquellos puntos, que se consideran afectan a la sociedad, en especial a las clases marginadas, tal como será el acceso a la salud y el acceso a los medicamentos.

Sin lugar a dudas, participamos de la acción emprendida por el señor Rector Magnifico de la Universidad de San Carlos, toda vez que es a través de las leyes de orden constitucional como se debe intentar enderezar las acciones de gobierno susceptibles de contener vicios o interpretaciones inconstitucionales, que afecten como en el presente caso a la gran mayoría de la población.

Desde los primeros intentos para implementar los derechos de propiedad intelectual, del Acuerdo General Sobre los ADPIC, comenzaron los conflictos sobre aspectos interpretativos que lesionan los derechos humanos a la salud y a la vida. Esto condujo a múltiples reuniones internacionales sobre el tema, donde la presión de la sociedad civil, obligó a elevar el asunto ante la Reunión Ministerial de la OMC en Doha.

En dicha Reunión Ministerial, los países en desarrollo encabezados por Brasil, India y Sur África, enfrentaron los intereses de sus industrias farmacéuticas con los de las transnacionales. En particular las de los Estados Unidos de América, quienes ya habían sido encausados ante la OMC, por imponer una interpretación del monopolio farmacéutico, contrario al contenido de la letra del Acuerdo. Dicha confrontación amenazó con obstaculizar la negociación, ya de por sí difícil, sobre el inicio de una nueva ronda.

Es en Doha, donde el aislamiento político y la opinión pública internacional, obligaron a Estados Unidos de América a reconocer la prioridad de la salud pública, sobre la propiedad intelectual en un documento oficial de la OMC, firmado por 148 países, el 14 de noviembre de 2001. Al cual se le conoce como la Declaración de DOHA QATAR sobre el Acuerdo de los ADPIC y la Salud Pública. Dicha Declaración específica

claramente que los países, deben poder atender sus necesidades, en emergencias de la Salud Pública y que deben garantizar el acceso a las medicinas para todos.

Muchas organizaciones internacionales han manifestado su preocupación, por las restricciones al derecho a la salud en acuerdos de libre comercio internacional, que tienen poco de libre y menos de social, estando entre ellas, la Cruz Roja Internacional, el Comité de Derechos del niño, el Comité de Derechos Económicos, sociales y Culturales y el Comité de Derechos Humanos.

Creemos firmemente, que el DR CAFTA, diluye protecciones a la salud pública reconocidas internacionalmente y conduce a precios más altos para medicinas esenciales.

Asimismo, creemos que la legitimación de la clase política está en juego, y que éste momento histórico demanda de ellos una conducta de confraternidad y honestidad hacia la humanidad, empezando por la población guatemalteca. Por último afirmamos que es con acciones de denuncia ante la Organización Mundial del Comercio, y amparados a la luz de las facultades y derechos que proporcionan el Acuerdo General Sobre los ADPIC y la Declaración de DOHA QATAR, al Estado de Guatemala, como se enfrentan las presiones comerciales de otras naciones, y no plegándose a los intereses representativos de unos pocos extranjeros a cambio de la venta y/o entrega de toda la población guatemalteca.

Dentro de los apartados que la estructura de la Ley de Propiedad Industrial presenta los más importantes a mi criterio son los siguientes:

- El establecimiento de una terminología que describa adecuadamente los elementos que intervienen en la actividad industrial.
- Las marcas y otros signos distintivos.
- Vigencia, renovación y modificación del registro de marcas.
- Derechos, limitaciones y obligaciones.
- Marcas de certificación.
- Emblemas.
- Indicaciones geográficas y denominaciones de origen.
- Invenciones, modelos de utilidad y diseños industriales.
- Acciones civiles.
- Acciones penales.

Como elemento cumplidor del principio de la represión de la competencia desleal, se incluye dentro del articulado lo que es la disposición civil y penal que establece la oportunidad al particular afectado por una acción contemplada como delito en el Código Penal y otras leyes.

CONCLUSIONES

1. El acuerdo sobre los ADPIC, constituye los aspectos convenidos o pactados por los estados miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que reconocen la imperatividad de crear nuevas disciplinas y normas que regulen la aplicación de todos los convenios internacionales celebrados en materia de propiedad industrial.
2. Las facultades contenidas en la enmienda bolar de Estados Unidos de América, la autorización de Zoellick, el acuerdo general sobre los ADPIC y por supuesto la declaración de DOHA QATAR en la OMC, existe una exclusividad de los datos de prueba, una exclusividad inexistente en cualquier otro acuerdo y que evidentemente antepone el interés de las farmacéuticas Norteamérica al de la salud pública.
3. Tanto el Acuerdo General sobre los ADPIC como la declaración de DOHA QATAR, forman parte del ordenamiento jurídico guatemalteco y que, como parte del mismo, posee un rango de norma constitucional; que puede hacerse valer en cualquier momento, lugar y época por los guatemaltecos; así como por las autoridades de gobierno, para garantizarle al pueblo de Guatemala, su derecho y acceso a la salud y a los medicamentos.
4. El Consejo General de los ADPIC, en su decisión acerca de la aplicación del párrafo seis de la Declaración de DOHA QATAR, manifiesta que los estados

miembros convinieron en realizar modificaciones jurídicas, que facilitan a los países más pobres, a importar medicamentos genéricos más baratos, fabricados al amparo de licencias obligatorias, si no cuentan con la capacidad de fabricarlos por sí mismos.

5. La declaración de DOHA QATAR, maximiza el derecho de los Estados Miembros de la OMC, de utilizar las disposiciones del Acuerdo General sobre los ADPIC que contienen flexibilidades, tanto legales como morales, al acceso a la salud y el DR CAFTA, es un tratado entre desiguales; es decir, un instrumento mercantil de beneficio absoluto para los Estados Unidos de América, que diluye derechos a la salud pública, reconocidos en el Acuerdo General sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual, relacionados con el Comercio.

RECOMENDACIONES

1. El DR - CAFTA debe ser regulado por una ley anexa guatemalteca, por lo menos en el área de salud pública y medicamentos, dado que en su contenido es restrictivo para el derecho de acceso a la salud y los medicamentos de los guatemaltecos y que no favorezca a satisfacer intereses económicos y comerciales de las farmacéuticas transnacionales, en perjuicio de los empresarios farmacéuticos nacionales.
2. La administración del Presidente de Guatemala, debió haber dado debate acerca del DR -CAFTA en una dimensión general, abierta y participativa, si es que el mismo habría de aspirar a gozar de alguna legitimidad de la ciudadanía, por lo menos en materia de propiedad industrial sobre comercialización de medicamentos genéricos, en virtud de que está en juego la salud humana.
3. El Organismo Ejecutivo, a través del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, debe denunciar ante la Organización Mundial del Comercio y ante el Consejo General de los ADPIC, las presiones comerciales de las que es objeto, por parte del gobierno de los Estados Unidos de América.
4. El Ministerio de Economía, a través del Registro Mercantil, debe en materia de propiedad industrial regular claramente el período exacto que abarca la protección de los datos de prueba dentro del período de patentabilidad de un

producto farmacéutico, ajustados a las flexibilidades de los ADPIC, ya que el Gobierno estadounidense pretende, mediante la imposición de una ley especial, complementar dichos períodos con el término de sus tramitaciones.

5. Que el honorable Congreso de la República de Guatemala debe crear un reglamento con articulado que de uso a las flexibilidades recogidas en los ADPIC para proteger la salud pública y promover el acceso a los medicamentos, como lo indica la declaración de DOHA y la Constitución Política de la República de guatemalteca.

BIBLIOGRAFÍA

- AMOR FERNÁNDEZ, Antonio. **La propiedad industrial en el derecho internacional.** Ed. Ediciones Nauta, S. A.; Barcelona, 1965.
- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. **La propiedad industrial y sus diversas facetas.** Caracas, Venezuela. 1999.
- ARACANA ZORRAQUIN, Ernesto. **El agotamiento de los derechos de la marca y las importaciones paralelas.** Buenos Aires: Ed. Heliasta, 1999.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** 10^a. ed.; revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, (s.f.).
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** 2^a. Ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S. R. L., 1998.
- ESPINOZA GUZMÁN, Sylvia Beatriz. **La propiedad industrial.** Tesis Profesional. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. 1979.
- ESTRADA DE ALDANA, Carmelina Morataya. **Breve estudio de la propiedad industrial.** Tesis Profesional. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. 1989.
- GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** México: Ed. Porrúa, 1997.
- GARRIGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** Ed. Porrúa, 9^{na}. ed.; Ed. Madrid, España, 2001.
- GARRIGUES, Joaquín. **Instituciones de derecho mercantil.** 7^{ma}. ed.; Ed. Madrid, España, 1996.
- GONZÁLEZ CHACÓN, Rosa Maria Trabajo de tesis, **La propiedad industrial e intelectual.** Universidad Mariano Galvez de Guatemala, Guatemala 1995.
- HERRERA SOSA, Otto Rafael. **Los nombres comerciales, marcas, avisos, anuncios y patentes de invención, su regulación jurídica.** Tesis Profesional. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. 1974.

ILLESCAS MARGEN, Martha Hortensia. **La marca como medio de protección al consumidor.** 2a. ed.; (s.l.i.): (s.e.), 2000.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 27^a. ed.; revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires: Ed. Heliasta, 2000.

PALACIOS TÁNCHEZ, Jorge Alfonso. **La oposición en la propiedad industrial.** Tesis Profesional. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. 1983.

PRADO, Gerardo. **Derecho constitucional guatemalteco.** Guatemala, Ed. Praxis, 2001.

RAMÍREZ VALENZUELA, Alejandro. **Introducción al derecho mercantil y fiscal,** 2a.ed.; México: Ed. Limusa, 1994

Real Academia de la Lengua Española. **Diccionario de la lengua española.** España; Ed. CD (s.f.)

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho mercantil.** 7^a. ed.; México: Ed. Porrúa, 1997.

RONQUILLO MARIN, Carlos Aníbal. **La competencia desleal en materia de propiedad industrial.** Tesis Profesional. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. 1982.

RUBENS, BAYARDO y Ana María Spadafora. **Derechos culturales y derechos de propiedad intelectual.** Tomo 1. (s.l.i.) (s.e.) (s.f.)

SOPEÑA, Ramón. **Diccionario enciclopédico ilustrado Sopena.** Tomo 2, Barcelona, España; Ed. Ramón Sopena, S. A., 2002

Síntesis del tratado de libre comercio. Guatemala, Ministerio de Economía. República Dominicana - Centro América - Estados Unidos de Norte América, 2006.

UMAÑA SALCEDO, Oscar Guillermo, **Historia del derecho de propiedad industrial.** Guatemala, Ed. Palmares, 1985.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil.** Guatemala: Ed. Serviprensa Centroamericana, 1978.

VILLEGAS LARA, René. **Derecho mercantil guatemalteco**, Tomo III, Cuarta ed. Ed. Universitaria Universidad San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2000.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República, Decreto Ley 106, 1964.

Código de Comercio. Julio Cesar Méndez Montenegro, Presidente de la República de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República, 1970.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República, Decreto número 2-89, 1989.

Ley de Propiedad Industrial. Congreso de la República, Decreto número 57-2000.

Ley de Marcas, Nombres y Avisos Comerciales. Decreto No. 882 del gobierno del Presidente José María Reyna Barrios, 1929.

Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Decreto Número 33-98, del Congreso de la República

Reformas a la Ley de Propiedad Industrial. Decreto Número 34-04 del Congreso de la República.

Reformas a la Ley de Propiedad Industrial. Decreto Número 30 - 2005 del Congreso de la República

Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial. Acuerdo Gubernativo Número 89-2002

Reformas al Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial. Acuerdo Gubernativo Número 89-2002

Reformas al Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial. Decreto Número 3 - 2005 del Congreso de la República.

Convenio Centro Americano para la Protección de la Propiedad Industrial. Decreto. 26-73 del Congreso de la República de Guatemala.

Convenio para la Protección de la Propiedad Industrial. Paris 1883.

Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual, Relacionados con la Salud. 1995.

Declaración de DOHA QATAR. Relativa al Acuerdo Sobre los ADPIC y la Salud Pública. 2001.

Decisión Sobre la Aplicación del párrafo 6 de la Declaración de DOHA QATAR, relativa al Acuerdo Sobre los ADPIC y la Salud Pública. 2003.

Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, 2004.

Aprobación del Tratado de Libre Comercio, República Dominicana, Centroamérica Estados Unidos de América. Decreto Número 31-2005, del Congreso de la República.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Convenio de Conformación, Viena, Austria, 1883.