

FORMACIÓN, FUNCIONES Y DESARROLLO DEL DERECHO DE MARCAS MODERNO

Carlos A. CORNEJO GUERRERO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La consolidación de la marca como un derecho subjetivo en la Edad Moderna.* III. *El contorno y funciones de la marca en la Primera Revolución Industrial.* IV. *La Segunda Revolución Industrial.* V. *Características del derecho de marcas en la Segunda Revolución Industrial.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se explica cuáles son los elementos fundamentales que configuran el derecho de marcas en la Edad Moderna y cómo continúa su desarrollo hasta llegar a consolidarse con la Primera y Segunda Revolución Industrial como un instrumento esencial para los negocios. Para ello, se sigue una perspectiva histórica, discuriéndose en primer lugar sobre el cambio del contenido del concepto de marca, desprendiéndose del carácter que tenía en la baja Edad Media como una institución jurídica pública a favor del consumidor, para luego consolidarse como un derecho subjetivo, individualista, dentro de un sistema de economía de libre mercado. Luego, se estudia cómo ha evolucionado este derecho a partir de ese periodo y cuál es la función que cumple en la Primera y Segunda Revolución Industrial.

* Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Norbert Wiener, Lima, Perú; profesor principal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; profesor ordinario de la Pontificia Universidad Católica del Perú; vicepresidente de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI; presidente de la Comisión Consultiva de Propiedad Intelectual y Marcas del Colegio de Abogados de Lima.

II. LA CONSOLIDACIÓN DE LA MARCA COMO UN DERECHO SUBJETIVO EN LA EDAD MODERNA

El contexto general donde se produce el cambio de contenido del derecho de marcas ocurre cuando en Europa Occidental se van dejando las ataduras propias de la baja Edad Media para internarse gradualmente dentro de un sistema donde comienzan a aflorar realidades de libre mercado.

En la baja Edad Media, en caso de que un producto hubiera sido elaborado sin respetar las reglas del oficio —lo que lo hacía defectuoso— el consumidor perjudicado podía, a través de la marca de la corporación, conocer en primer término cuál era el gremio que integraba al maestro que había elaborado el producto. En segundo término, con la marca del maestro se llegaba a identificar cuál de ellos era el infortunado que no había seguido las reglas del arte, por lo que recibiría las correspondientes sanciones. En esta época, la actividad económica estaba completamente regulada, y sólo se podía desarrollar un oficio si se pertenecía a la corporación, los procedimientos de elaboración de los productos debían cumplir estrictamente las reglas del oficio y se exigía que los mismos productos guardaran las especificaciones aprobadas.¹

El cambio de contenido de la marca está relacionado con el abandono de su carácter de marca corporativa; es decir, se vincula con su desaparición como institución jurídico-pública al interior de las corporaciones, en protección del consumidor. Este cambio no se produjo de un solo golpe, sino que las nuevas características y funciones a adquirir por las nuevas marcas fueron generándose paralelamente a la existencia de las viejas marcas, hasta que llegó a institucionalizarse en el mundo occidental el sistema de libre mercado. A partir de este momento, que se produce aproximadamente desde finales del siglo XIX, las marcas cambian completamente de rol y adquieren un nuevo significado y contenido.

En Inglaterra, por ejemplo, no fue sino hasta 1813 cuando se abolió definitivamente el estatuto de artesanos;² pero ello no quiere decir que las fuerzas del mercado no hubieran actuado con vigor desde tiempo atrás. En realidad, es desde el siglo XVI, en que en Inglaterra se produce una transformación social y económica, que debilita el poder de las gildas y da nacimiento al reconocimiento de las primeras marcas modernas por el *common law*.

¹ Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro, *Los orígenes de la marca*, Lima, Cultural Cuzco, 2008, pp. 61-85.

² Heilbroner, Robert L., *Vida y doctrina de los grandes economistas*, 2a. ed., trad. de Amando Lázaro Ros, Barcelona, Ediciones Orbis, 1985, tomo I, p. 47.

En Francia, después de marchas y contramarchas, las corporaciones —que fueron perdiendo prestigio hasta llegar a ser consideradas como uno de los males de la sociedad— quedaron abolidas definitivamente en 1791, luego de la Revolución francesa; pero no hacía más de un siglo que se produjeran incesantes conflictos entre los diversos gremios que reflejaban una oposición a la libre competencia y a la innovación de la producción. Al final, después de un tiempo, el principio de libertad de comercio e industria y la idea del libre mercado se impondrían, pero en la Francia del siglo XV al XVII, dicha idea y principios no se podían tomar aún como estandartes que sirvieran de organización para toda la sociedad.³

En Italia, desde muy temprano, aproximadamente en el siglo XIII, los grandes comerciantes utilizaron hábilmente las reglas corporativas a su favor para controlar la cadena de producción y comercialización. Los grandes mercaderes y los juristas desarrollaron una literatura jurídico-práctica sobre el comercio,⁴ que favoreció su expansión, y que teorizó sobre el tratamiento jurídico de la marca en un sentido bastante cercano al moderno. Sin embargo, el deducir de estas evidencias que la marca moderna y el libre mercado se habían asentado en forma completa en Italia desde esta época sería un imperdonable error.

España tuvo que esperar que se expidiera el Decreto del 8 de junio de 1813 para que sus súbditos pudieran ejercer libremente cualquier industria u oficio sin necesidad de ser parte de alguna corporación; recién con el Real Decreto de 1850, encuentra en la legislación su primer reconocimiento a la marca moderna.

Tenemos entonces que el nacimiento de la marca moderna, ocurrida dentro de un proceso en el que afloran realidades de mercado, que permiten que ella tenga un ambiente adecuado para afirmarse, no se dio en el mismo momento en toda Europa. Las realidades de mercado que iban surgiendo no podían tomarse aún como instituciones válidas para toda la sociedad; en una misma ciudad o región podían encontrarse realidades de mercado modernas junto con estructuras organizativas tradicionales.

Es así que las características de la marca en la Edad Moderna están indisolublemente ligadas al nacimiento del sistema de economía de mercado.

Adam Smith, en su obra *La riqueza de las naciones*, se preguntaba cuál era el mecanismo que daba consistencia a una sociedad que no se regía ni por la autoridad central ni por la tradición, de modo que en ella se realizaran todas las tareas sociales necesarias para la supervivencia, y su respuesta estaba

³ Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro, *op. cit.*, nota 2, pp. 146-162.

⁴ Antal, Frederick, *El mundo florentino y su ambiente social*, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1963, p. 72.

en la mano invisible “que conduce a los intereses privados y a las pasiones de los hombres” hacia “lo que es más conveniente a los intereses de toda la sociedad”.⁵

El sistema de economía de mercado funciona con base en dos principios fundamentales: el principio del interés individual y el principio de libertad.

En virtud del principio del interés individual, los hombres tienen el impulso de adoptar las conductas que subjetivamente más les favorecen, guiándose por su propio interés egoísta y no por principios de solidaridad, equidad ni justicia: “No esperamos obtener nuestra comida de la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero, sino del cuidado que ellos tienen de su propio interés. No recurrimos a su humanidad, sino a su egoísmo, y jamás les hablamos de nuestras necesidades, sino de la ventajas que ellos sacarán”.⁶

En virtud del principio de libertad, los hombres pueden decidir la alternativa de acción que más les plazca, entre las diversas posibilidades existentes. No hay una autoridad central que los obligue a realizar una conducta determinada; tampoco la tradición ni la costumbre los compele a actuar de cierta manera.

Dado que los hombres se guían por su propio interés individual y son libres para realizar las conductas o tomar las decisiones que más les convengan, se produce inevitablemente que muchos de ellos concurren en la misma actividad económica. Por otro lado, los consumidores también son libres para elegir el producto o servicio de su preferencia entre la oferta existente, y seguramente tenderán a adquirir aquel producto o servicio que le brinde un mejor precio o una mejor calidad. Esta situación generará inevitablemente —salvo distorsiones al libre funcionamiento del mercado— el fenómeno de la competencia económica, en el que la interacción de los diferentes agentes económicos guiados por su propio interés y actuando en libertad conducirá al beneficio de toda la sociedad.

La mano invisible del mercado regula el precio, la calidad y la cantidad de los productos o servicios ofertados; también los beneficios de los empresarios y las retribuciones de los trabajadores.

La Inglaterra del siglo XVII ya presentaba los rasgos distintivos de una sociedad moderna, que se regía por el sistema de economía de mercado: existía

la competencia en los negocios; las fábricas eran por término medio, pequeñas; los precios subían y bajaban al compás de la marea de la demanda, y

⁵ Heilbroner, Robert L., *op. cit.*, nota 3, pp. 74 y 75.

⁶ *Ibidem*, p. 76.

traían consigo cambios tanto en la producción como en la mano de obra... ninguna de las piezas del mecanismo productor, trabajador o capitalista, alcanzaba un volumen suficiente para alterar las presiones de la competencia.⁷

Dentro de este mundo, regido por el principio del interés individual y por el principio de libertad, y en el que se manifestaba el fenómeno de la competencia económica, la marca debía adquirir una nueva fisonomía.

En primer lugar, ya no podía tratarse de una institución jurídico-pública al interior de las corporaciones, cuyo sustento era limitar la competencia, sino más bien un derecho subjetivo, plenamente individualista, que ayudara a dinamizar la competencia en el mercado.

En segundo lugar, la marca ya no podía ser obligatoria al estilo de las marcas de las corporaciones de oficio o la marca de los maestros; de hecho, la primera ley moderna de marcas, la ley francesa de 1857,⁸ consagraba el principio de que la marca era facultativa: cualquier ciudadano sería libre para escoger la marca que quisiera usar, e inclusive quedaría libre para adoptar o no una marca para sus mercancías.

En tercer lugar, se podían usar varias marcas distintas para diferentes productos, dejándose de tener sólo una marca autorizada para distinguir todos los productos de un comerciante; las marcas dejaban sus caracteres personales, acentuándose cada vez más su condición de instrumento de negocios.

En cuarto lugar, quedaban atrás la función de garantía de calidad que cumplía la marca al interior de las corporaciones de oficio, y que si no se verificaba conforme a las prescripciones de exigentes estatutos importaba gravísimas sanciones. En el nuevo sistema de economía de mercado, una disminución de la calidad de los productos no merecerá como en el pasado una sanción de la autoridad, salvo que medie engaño o mala fe; los consumidores tienen la libertad de elegir entre varios productos, el de su preferencia, y seguramente el producto de mala calidad será objeto de una despiadada indiferencia, y, en consecuencia, la ruina del productor que lo elabore. Así, la libertad de la que goza el consumidor, junto con el cuidado de su propio interés individual, son suficientes para asegurar la calidad de los productos.

En quinto y último lugar, la función indicadora de origen de la marca —tradicional en la baja Edad Media— dejará de ser la más importante y cederá su lugar privilegiado a la función distintiva, en el sentido de tener la aptitud de identificar y diferenciar un producto de sus similares en el mercado.

⁷ *Ibidem*, p. 80.

⁸ Ley francesa de Marcas de Fábrica y de Comercio de 1857, artículo primero: “La marque de fabrique ou de commerce est facultative...”.

Con este carácter se plasma en la Ley de Marcas y de Comercio Francesa del 23-27 de junio de 1857, según la cual la marca tenía por finalidad distinguir los productos de una fábrica o los objetos de un comercio:

Sont considérés comme marques de fabrique et de commerce les noms sous une forme distinctive, les dénominations, emblemes, empreintes, timbres, cachets, vignettes, reliefs, lettres, chiffres, enveloppes et tous autres signes servant á distinguer les produits d'une fabrique ou les objets d'un commerce.

Desde que la marca se desvincula de la existencia de prescripciones de obligatorio cumplimiento en la elaboración de los productos, se acentúa su fuerza distintiva, en cuanto signo identificador y diferenciador de mercancías. Su utilización, aunque por lo general facultativa, se hace necesaria para hacerse reconocida por los consumidores, quienes podrán elegir libremente el producto de su preferencia entre las diversas ofertas del mercado.

La función distintiva, esencial en la marca dentro de un sistema de economía de mercado, le permitirá constituirse como una herramienta indispensable para captar y consolidar clientela; la marca adquiere así un nuevo atributo como elemento inmaterial condensador de *goodwill*; es decir, de su buena reputación y prestigio.

III. EL CONTORNO Y FUNCIONES DE LA MARCA EN LA PRIMERA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

La Revolución Industrial suele dividirse en tres estadios: Primera, Segunda y Tercera Revolución Industrial, diferenciados según la fuente de energía o innovación prevalecientemente empleada y sus efectos en la sociedad.⁹

La Primera Revolución Industrial, cuyo inicio en Inglaterra suele fecharse en 1769, tiene como notas distintivas la utilización del carbón como fuente de energía y la creación de la máquina de vapor como innovación tecnológica característica, siendo su efecto social más importante el abandono del campo por el trabajo en la fábrica.¹⁰

La fábrica toma un lugar privilegiado en la organización de las fuerzas productivas. El trabajo del artesano en su propia morada, muchas veces rural, comienza a ser una actividad cada vez menos atractiva y rentable, y aun cuando se trata de un proceso paulatino, aunque no exento de dificultades,

⁹ Richonier, Michel, *La metamorfosis de Europa de 1769 a 2001*, trad. Consuelo Vásquez de Parga, Madrid, Espasa-Calpe, 1986, p. 17.

¹⁰ *Idem.*

cada vez se hace más necesario esmerarse para ser absorbido por la fábrica. La creación de los bienes necesarios o útiles para la vida se convierten en la “fabricación de productos”.

Ya desde sus inicios, los efectos de la Revolución Industrial causan una gran impresión, aunque no siempre favorable. Como cuenta Robert Heilbroner, sir Jhon Byng, durante una gira que hizo en 1792 por la región inglesa del North Country, después de mirar por la ventanilla de su carruaje, escribió: “Aquí tenemos ahora una gran fábrica llameante...; todo el valle está trastornado”. Es posible que sir Richard Arkwright haya proporcionado a su familia y al país mucha riqueza; pero yo, en mi condición de turista, odio sus empresas, porque se han metido en todos los valles pastoriles y han destruido el curso y la hermosura de la naturaleza”.¹¹

La Inglaterra de la segunda mitad del siglo XVIII ya daba clara muestra del aumento de productividad derivado de la división y especialización del trabajo, lo que a la postre reforzaría también la función distintiva de la marca, al haber una mayor cantidad de productos disponibles compitiendo en el mercado.

Al entrar a una fábrica de alfileres, Adam Smith se encuentra con el siguiente panorama:

Un hombre desenrolla el alambre, otro lo endereza, un tercero lo corta, un cuarto le saca punta, un quinto lo afina en la parte superior para recibir la cabeza; la preparación de ésta requiere, por su parte, dos o tres operaciones distintas; el colocarla viene a ser una tarea especial, como lo es también el blanqueo de los alfileres; incluso el prenderlos en el papel constituye por sí solo un oficio... Yo he visitado una pequeña fábrica de esta clase que sólo empleaba diez hombres y en la que, por tanto, algunos llevaban a cabo dos y tres operaciones diferentes. Con todo eso, y aunque eran gente muy pobre y que, por esa causa, estaba malamente provista de la maquinaria precisa, lograban, cuando ponían empeño, fabricar, entre todos, alrededor de doce libras de alfileres por día. En cada libra entran más de 4000 alfileres de tamaño intermedio. Por consiguiente, aquellas diez personas eran capaces de fabricar más de 48000 diariamente... Pues bien: si todos ellos hubiesen laborado separadamente y con independencia..., a buen seguro que no habría fabricado cada uno veinte alfileres por día, y quizá ni siquiera uno solo...¹²

La Primera Revolución Industrial es el resultado de la interacción de un conjunto de fuerzas sociales, económicas y políticas, que aparecen primera-

¹¹ Heilbroner, Robert, *op. cit.*, nota 3, pp. 81 y 82.

¹² Smith, Adam, *La riqueza de las naciones*, en Heilbroner, Robert, *op. cit.*, nota 3, pp. 83 y 84.

mente en la Inglaterra de la segunda mitad del siglo XVIII, y no únicamente la consecuencia de una serie de innovaciones técnicas. El desarrollo de la industria textil y la industria del hierro tuvo un efecto de dinamización de otras industrias, como la metalúrgica y la química, así también como la del sector servicios.

Como resultado de la Primera Revolución Industrial, empezó un marcado y sostenido crecimiento en el sector productivo y de servicios. No hubo sólo un incremento del volumen de productos y servicios ofertados, sino también de la variedad de ellos.

La oferta de productos era cada vez más amplia: tejidos de algodón y de lana, telas y confecciones de lino, seda y cuero, carbón, hierro, cobre, cerveza, pieles, jabones, velas, gas, papel, azúcar, muebles, alimentos, conservas, aceites, leche enlatada, metales no ferrosos, hielo, cerámicas, licores, tabaco, chocolates, joyas, libros, juguetes, productos químicos, máquinas y todos los relacionados con la industria de la construcción, entre muchos otros. Hubo también un gran número de servicios, dentro de los que tenemos el transporte, el comercio, la banca, servicios brindados por los profesionales liberales, como médicos y abogados, el servicio doméstico, servicios de educación, sanidad, recreo y entretenimiento, cultura, jardinería, la luz, la calefacción, restaurante, hotelería, tabernas, barberías, lavanderías, etcétera.¹³

Al final de la Primera Revolución Industrial, aproximadamente en la segunda mitad del siglo XIX, la organización de la producción a través de la fábrica ya se había generalizado, lo que aumentó decididamente la productividad de las actividades económicas. El aumento sostenido de la cantidad y variedad de productos y servicios generó una mayor competencia, que hacía cada vez más necesaria la utilización de la marca para poder reconocer una oferta de calidad; ello acentuó la importancia de su función distintiva; es decir, su aptitud para identificar y diferenciar un producto o servicio de sus iguales o similares en el mercado. Las marcas, que en un tiempo fueron exclusivas de los maestros o de las corporaciones de oficio, y que luego pasaron a ser las marcas de los ciudadanos y de las pequeñas empresas, se han convertido en las “marcas de fábrica”, y con este carácter son plasmadas en muchas legislaciones de la época.

La marca pierde las características que la identificaron en la Edad Media, fundamentalmente la de garantía pública de calidad de la obra, otorgada por las corporaciones, la cual se vinculaba con el control de la competen-

¹³ Escudero, Antonio, *La Revolución Industrial*, 10a. ed., Madrid, Grupo Anaya, 2005, pp. 77-80 y 92-96.

cia; y ahora asumía una neta función distintiva de productos que buscaban asentarse en un mercado competitivo, bajo la égida de la libertad de comercio y la industria.

Formalmente, cualquier persona podía comerciar y dedicarse a la industria, no había prescripción ni limitación alguna para el uso de las marcas, e inclusive la utilización de las marcas era facultativa; la regla general era que nadie podía ser obligado a usarla. El contenido del derecho de marcas moderno ya puede encontrarse delineado con claridad desde la Primera Revolución Industrial.

IV. LA SEGUNDA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

La Segunda Revolución Industrial, que se genera a finales del siglo XIX, tiene como notas distintivas la utilización de la electricidad y el petróleo como fuentes de energía, la organización del trabajo en la fábrica según los postulados del taylorismo y el fordismo, y la conformación de la gran empresa con la utilización del capitalismo financiero.¹⁴

El taylorismo

En 1912, el norteamericano Frederick Taylor expone en su obra *Principles of Scientific Management* un nuevo método de organización industrial, que llegó a conocerse como “organización científica del trabajo”. Este método tenía el objetivo de aumentar la productividad a través de una mayor eficiencia en las tareas realizadas por el hombre en su interacción con máquinas e instrumentos, derivada de la división y especialización del trabajo, su organización racional en sus secuencias y procesos, la medición estricta del tiempo de cada una de sus operaciones y un sistema de incentivos mediante el pago de primas al rendimiento.

Si bien es cierto que el método de organización industrial preconizado por Taylor podía describirse tal como lo hemos efectuado, él ponía énfasis en que el elemento fundamental de una administración científica del trabajo no estaba en la presencia de las características descritas, sino en un componente espiritual, al referirse a la revolución mental que debía ocurrir al efecto:

La administración científica no es ningún plan de eficiencia ni una especie de programa para asegurar la competencia, tampoco es un grupo de proyectos

¹⁴ Richonier, Michel, *op. cit.*, nota 10, p. 17, y Kliksberg, Bernardo, *El pensamiento organizativo: del taylorismo a la moderna teoría de la organización*, Buenos Aires, Depalma, 1973, pp. 131-142.

eficientes. No es un nuevo sistema para expresar en números los costos ni una forma nueva para pagar a los obreros, no es un sistema de pagos a destajo ni un sistema de bonos o primas; no es asignar un cronómetro a un trabajador y poner por escrito los datos referentes a él; no es un estudio de tiempos, no es un estudio de movimientos ni un análisis de éste en los sujetos; no es la impresión de una o dos toneladas de formularios distribuidos a un grupo de hombres para decirles: “he aquí vuestro sistema, utilizadlo”. No es una dirección dividida ni dirección funcional; no es ninguno de los planes que el hombre medio se figura cuando se habla de administración científica... la administración científica no es ninguna de estas invenciones... No estoy hablando con desprecio de los sistemas de registro, de estudio del tiempo, de la dirección técnica, ni de ningún plan nuevo y perfeccionado de pago a los obreros, ni de ningún programa de eficiencia, sino es que realmente hay programas que contribuyan a la eficiencia, yo creo en ellos...; pero lo que estoy haciendo resalta que estos planes, en todo o en parte, no son administración científica; son anexos útiles de la administración científica, como también son anexos otros sistemas de administración. En esencia, la administración científica implica una revolución mental completa por parte de los trabajadores de cualquier establecimiento o industria, una revolución mental completa por parte de esos hombres en cuanto a sus deberes respecto a su trabajo, a sus compañeros y a sus patrones. E implica la revolución mental igualmente completa por parte del sector directivo, el encargado, el superintendente, el propietario del negocio, la junta directiva, una revolución completa en cuanto a sus obligaciones hacia sus compañeros de trabajo en la administración, hacia sus obreros y hacia todos los problemas diarios de estos. Y sin esta revolución mental completa en ambos lados, la administración científica no existe...¹⁵

El taylorismo se extiende rápidamente como modelo de producción por las grandes empresas de los países industrializados, al permitir obtener altísimos rendimientos productivos a corto plazo con un bajo nivel de salarios.¹⁶

El fordismo

En 1913, Henry Ford, en su fábrica de Highland Park, estado de Michigan, perfecciona los postulados del taylorismo y obtiene unos resultados extraordinarios.

Su método de producción se basó en seis principios fundamentales: a) división del trabajo, en virtud del cual el proceso de producción se separaba en las tareas que lo componían. Sólo una tarea específica era realizada por hombres, máquinas o una conjunción de ambos; disponiéndose que

¹⁵ Taylor, Frederick, “The principles of scientific management”, en Vélez Bedoya, Ángel Rodrigo, *Los clásicos de la gerencia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, pp. 46 y 47.

¹⁶ Kliksberg, Bernardo, *op. cit.*, nota 15, pp. 228 y 232.

su acción no fuera dirigida a hacer una tarea distinta; b) estandarización de piezas; c) mecánica de precisión, indispensable para la estandarización, para lo cual se utilizan dados, moldes o máquinas fielmente producidos de acuerdo con unos planos; d) la línea de montaje o fabricación, que consiste en trasladar en línea y con regularidad el trabajo efectuado por un obrero o máquina al siguiente; e) trabajo en equipo y su forma de retribución, y f) consideración de la demanda en masa de un producto, para organizar la producción.¹⁷

Entre los aportes que Ford realizó al modo de producción preconizado por Taylor destaca la introducción de la línea de montaje o de fabricación, que hace más eficiente la división y especialización de las tareas productivas.

La inmensa mayoría de los hombres que se nos presentan no tienen especialidad alguna. Aprenden su oficio en unas horas o en unos días. Si en ese espacio de tiempo no lo han aprendido es que nunca servirán para nada. Son en general extranjeros... Nuestro primer adelanto en el montaje consiste en llevar el trabajo al obrero en vez de llevar éste al trabajo... La aplicación de estos principios evita al obrero la necesidad de pensar y reduce sus movimientos al mínimo... Algunos tan sólo hacen una o dos operaciones fáciles, otros hacen más. El hombre que coloca una pieza no la fija..., el que pone un perno no pone la tuerca..., el que pone la tuerca no la atornilla... Eran necesarias 9 horas 45 minutos para ensamblar un motor. Seis meses después, con el montaje en cadena, este tiempo se había reducido a 5 horas 56 minutos...¹⁸

Una contribución también crucial en el método propuesto por Ford, y que se complementaba perfectamente con el de la línea de montaje o fabricación, estaba en el énfasis a la estandarización de piezas, que consiste en que éstas deben tener características uniformes, de modo que puedan ser fabricadas en serie, con el propósito de que puedan intercambiarse y ser montadas por obreros no calificados o semicalificados que aprendan rápidamente la tarea específica que se les ha asignado.

La importancia que daba Ford a la estandarización se pone de relieve con su célebre frase: “Pueden pedirme un modelo de cualquier color siempre y cuando sea negro”;¹⁹ este elemento fue clave para elevar la productividad a niveles nunca antes imaginados.

¹⁷ O'Brien, Robert, *Máquinas*, México, Offset Multicolor, 1965, p. 76; también Richonnier, Michel, *op. cit.*, nota 10, pp. 52-55.

¹⁸ Ford, Henry, *Mi vida y mi obra*, citado en Richonnier, Michel, *op. cit.*, nota 10, p. 54.

¹⁹ *Idem.*

Un aporte no menos significativo fue la relevancia que se dio al trabajo en equipo y su forma de retribución. Dado que el trabajo se realizaba en cadena o en serie, la productividad no era consecuencia de un mejor rendimiento personal, sino de la eficacia del equipo; la determinación del salario por pieza fabricada ya no tenía razón de ser. No obstante, seguía siendo una realidad la competencia entre las diversas empresas del ramo, forcejeando siempre por contar con los mejores obreros. Es en este contexto que Ford anuncia un acuerdo sorprendente: el *five dollars a day*, en virtud del cual los obreros que ganaban entre dos y tres dólares al día pasaban a ganar cinco dólares como consecuencia de la participación de los obreros en los beneficios de la firma.²⁰

Con ello, Ford no sólo atrajo a los mejores equipos de obreros, sino que elevó la capacidad adquisitiva de la clase obrera, quienes además podían comprar en no mucho tiempo un auto Ford, modelo T, que se convirtió por ese entonces en el auto anhelado de todo estadounidense. Ford había previsto que todo esto generaría una mayor demanda de autos Ford, modelo T, especialmente porque el nuevo modo de producción había hecho que bajara sustancialmente su precio, esperando que se repitiera ese ciclo virtuoso considerando esa expectativa de una más alta demanda como factor clave para la producción. El modelo del fordismo se fue propagando no sólo en los Estados Unidos de América, sino también en otros países del mundo, lo que provocó un aumento increíble de la productividad.

La gran empresa y la incursión del capital financiero

El fenómeno de la gran empresa fue característico de los países industrializados —especialmente de los Estados Unidos de América— en la Segunda Revolución Industrial:

Por numerosas que fueran las excepciones al aumento de la concentración económica, no lograron atenuar la importancia de la tendencia general. La unidad de gran magnitud llegó a ser representativa de los negocios y al suceder esto, se advirtió el advenimiento de cambios fundamentales en el ambiente de la vida política y social.²¹

La conformación de la gran empresa se debió a una diversidad de factores (crecimiento demográfico, libertad económica y empresarial, acumu-

²⁰ *Idem.*

²¹ Ashworth, William, *Breve historia de la economía internacional (1850-1950)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1958, p. 104, en Kliksberg, Bernardo, *op. cit.*, nota 15, p. 137.

lación, innovaciones tecnológicas, nuevos métodos de producción, etcétera); entre ellos uno fundamental fue la participación del capital financiero en las actividades productivas, que buscaba asegurarse una continua y alta rentabilidad a través de la actuación en mercados cada vez más masivos, que requerían ingente inversión de dinero.

Bernardo Kliksberg, haciendo referencia al predominio del capital financiero sobre el capital industrial en la Segunda Revolución Industrial, refiere que

El proceso por el que dicho predominio se fue gestando se halla también ligado a la relación de causalidad existente entre gran empresa u condiciones monopólicas. La obtención de éstas se ha concretado en la realidad mediante el uso de una serie de prácticas que requerían enormes montos de capital. La historia de la época registra como tácticas de los aspirantes a monopolistas: la eliminación del competidor con una política de precios bajos, la compra de las empresas de los competidores, la especulación en bolsa, etc. Las fuentes financieras de estas prácticas fueron esencialmente los grupos bancarios y de capital financiero en general. Estos grupos lógicamente quisieron a su vez asegurar su inversión, mediante una participación directa en los negocios de las industrias por ellos apoyadas. De este modo, el círculo de relaciones entre el capital financiero y el industrial se fue estrechando.

En conclusión, la gran empresa surge a la historia económica promovida por la combinación del capital financiero e industrial, para ser utilizada como instrumento capaz de eliminar la competencia, e implantar formas de control monopólico en los mercados.²²

La dimensión de la gran empresa apoyada por el capitalismo financiero en busca de altísimas ganancias a través de ventajas derivadas de posiciones monopólicas es pues una característica fundamental de la Segunda Revolución Industrial.

V. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE MARCAS EN LA SEGUNDA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

Las características del derecho de marcas moderno se acentuaron, se perfilaron mejor y se fortalecieron a partir de la Segunda Revolución Industrial.

Con ella, la marca se tornó cada vez más indispensable para el desarrollo de las actividades mercantiles. En esta época, las corporaciones de oficio

²² Kliksberg, Bernardo, *op. cit.*, nota 15, p. 142.

y los gremios, así como las trabas al comercio y la industria, son ya cosa del pasado.

Además, como hemos visto, la división social del trabajo realizada en la fábrica resultaría en métodos de organización industrial sofisticados, como el promovido por el taylorismo y el fordismo, lo que unido a las continuas mejoras técnicas, al aprovechamiento de nuevas fuentes de energía, la conformación de la gran empresa ayudada por la inversión del capital financiero, generaron una producción masificada, estandarizada y en serie, cuya única forma de identificación eficaz en un mercado en que reinaba la libre competencia era mediante la marca. De ahí la importancia de la función distintiva de la marca, como elemento esencial de su identidad dentro de un sistema de economía de mercado.

En una economía de estas características, la función principal que debe cumplir la marca es la de distinguir y diferenciar un producto de sus iguales o similares en el mercado. Si esta función no se cumple, el mismo sistema económico basado en la libre competencia y en la libre circulación de mercancías no puede funcionar. Por ello es que la marca no es sólo una pieza clave para la transparencia del mercado, sino una condición esencial para su funcionamiento; sin ella, sería imposible que la oferta y la demanda de productos y servicios pudieran concurrir, y que los consumidores puedan, en ejercicio de su libertad y sin necesidad de incurrir en costos extraordinarios, escoger el producto o servicio de su preferencia.

La función condensadora de *goodwill* es también una función importantísima de la marca, que se acentúa en esta época. El *goodwill* consiste en la buena reputación y prestigio que logra adquirir la marca por un cúmulo de factores, entre ellos la calidad del producto o servicio, la extensión de su conocimiento, el grado de distintividad del signo en sí, el volumen de ventas y servicios prestados, la antigüedad, el uso intensivo de la marca, la publicidad, etcétera. Con base en esta función es que la marca se convierte en instrumento indispensable para la captación y mantenimiento de la clientela, que es la que sustenta el negocio. Las marcas pueden llegar a valer miles de millones de dólares por el *goodwill* que poseen; un ejemplo de ello es la marca Coca Cola, que tuvo sus inicios en la Segunda Revolución Industrial, y que fue por mucho tiempo la marca más valiosa del mundo.

Por último, también tenemos la función publicitaria de la marca. De acuerdo con esta función, la marca por sí misma tiene un *selling power* o capacidad de venta, que la hacen una herramienta indispensable en el mundo de los negocios. Se habla a este respecto del poder hipnótico de la marca, al que muchos siguen como consumidores obedientes; es indudable que el sig-

no en que consiste la marca imprime en las personas una cierta fascinación, que le permite posicionarse en su mente y generar compras.

Por todos los factores anteriores, la marca tiene un nuevo rol: el de instrumento de ventas, en facilitador y promotor de intercambios privados, protegiendo y consolidando la posición de aquel competidor que se había hecho presente en el mercado con la captación de una clientela para sus productos. En realidad, la marca moderna está tan indisolublemente ligada a la noción de mercado, que sin ninguna duda podría afirmarse que sin mercado no hay marca, y a su vez, que sin la existencia de la marca, un mercado masificado, estandarizado y de fabricación en serie no podría haber funcionado.

Al existir libertad de comercio e industria, y por ende un régimen de libre competencia, se requerían unos signos que fueran capaces de distinguir ciertos productos de otros en el mercado de la manera más rápida y eficaz posible, de modo que se facilitaran los intercambios privados. Es difícil la profundización de una economía de mercado del modo en que ocurrió en los siglos XIX y XX sin un sistema de derecho de marcas.

Pero este mercado al que da origen la Segunda Revolución Industrial no es sólo el mercado doméstico, sino el gran mercado, el mercado internacional de productos y servicios. Las grandes empresas requieren colocar sus productos no sólo en su país, sino en el extranjero, y esto propendió a la dación de una legislación que buscara una mayor protección de la marca fuera de las fronteras, y particularmente de la creación de la marca notoriamente conocida.

Existen varios casos de marcas que evolucionaron del mercado doméstico al mercado internacional. La historia de la compañía Ford es un ejemplo de ello. Luego de implementar sus nuevos métodos de producción, en 1913 la compañía Ford fue capaz de producir 202,667 autos de su célebre modelo T, frente a los 69,762 fabricados en 1912. Ford expandió su negocio a otros países del mundo: en 1911 se lanzó en Manchester, Inglaterra, la primera planta de producción de Ford fuera de los Estados Unidos de América; unos años después se fundó la compañía Ford Motor Argentina. Para 1921, la compañía Ford Motor estaba produciendo más de un millón de autos al año, lo cual era una producción casi diez veces mayor que el segundo más grande fabricante de autos.²³

También es ilustrativo conocer el desarrollo de la marca Heinz y de la visión de su fundador, Henry Heinz, acorde a los tiempos de crecimiento

²³ *The History of Ford – The Brand That Started It All*, p. 3, en hassetautomotive.com/History-Of-Ford.aspx

económico en Estados Unidos de América, producto de la Segunda Revolución Industrial.

Luego de iniciarse en el negocio del empaquetamiento a pequeña escala de productos alimenticios, Heinz fundó con su amigo L. Clarence Noble la Heinz Noble & Company, cuyo giro era la venta de rábanos en “botellas de vidrio transparente para mostrar su pureza”.²⁴ En 1876, luego del desventurado final de su anterior compañía, Heinz fundó con su hermano John Heinz y su primo Frederick Heinz, la empresa F & Heinz, que tuvo como uno de sus primeros productos al Ketchup de tomate.²⁵

Henry Heinz había podido comprobar cómo estaba cambiando la vida de los norteamericanos en sus cada vez más pobladas ciudades, imbuidas ya de lleno en la industrialización, lo que le permitió avizorar una excelente oportunidad para productos alimenticios procesados, estandarizados, producidos en masa y con el respaldo de una marca.²⁶

En 1896, Heinz introdujo su famoso logo “57 varieties” buscando acrecentar la confianza del público consumidor en sus productos alimenticios; de la sola lectura del logo ya puede advertirse la amplia gama de su oferta.

En 1886, los productos de Heinz se comenzaron a vender en la tienda Fortnum & Mason de Londres, Inglaterra. Luego de algunos años, la producción también tuvo lugar en diversos puntos de dicho país y en algunos otros, como Canadá y Australia.²⁷

Un último ejemplo que ofrecemos es el de la marca Coca Cola, que sale a la luz en Atlanta, Estados Unidos de América, en 1886. John Pemberton fue el creador de la fórmula que daría origen a esta extraordinaria bebida. Luego de su muerte, Asa Griggs Candler se convirtió en el único dueño de Coca Cola, y a través de una agresiva política publicitaria y de ventas comenzó la transformación de Coca Cola al estatus de bebida nacional.²⁸

En 1899, Ben Franklin Thomas y Joseph Whitehead buscaron a Candler para proponerle vender la bebida en botellas, y así poder venderla no solamente en fuentes de soda, sino en diferentes lugares, lo cual fue aceptado por Candler mientras no se sacrificara la calidad. Aplicando una mejor téc-

²⁴ Heinz, *A Journey Through the Brands's History by Branding Magazine*, editorial, p. 2, www.brandmagazine.com/2013/01/21/heinz-brand-infographic/, 16.04.2013

²⁵ *Idem*.

²⁶ Heinz, Henry and Nineteenth, Late, *Century Brand Creation: Making Markets for processed Foods*, pp. 1-2, <http://hbswk.hbs.edu/archive/788.html>, 16/04/2013.

²⁷ *Our History /About Us /Heinz Australia*, p. 1. www.heinz.com.au/About-Us/Our-History 16-04-2013.

²⁸ *The History of Coca Cola Invention*, p. 1, <http://iml.jou.ufl.edu/projects /spring08/Cantweell/invention.html>,19-04-2013.

nica de embotellamiento, el negocio fue bastante exitoso. Thomas vendió sus derechos de embotellamiento a hombres de negocios independientes, y así para 1909 había 379 plantas de embotellamiento en el país, y todo estaba listo para distribuir la bebida a nivel nacional.²⁹

Robert Woodruff, quien se convirtió en presidente de la compañía en 1923, inició su expansión fuera de las fronteras de Estados Unidos, dando pasos decisivos para convertir a Coca Cola con el transcurso de los años, en una marca mundial.³⁰ Antes de iniciar esta expansión, la botella de Coca Cola ya se utilizaba con su diseño único, que lucía como una semilla de cacao,³¹ que muchos años después también fue protegida como marca tridimensional característica de la compañía.

Un hito en la protección y conformación de la marca en esta época fue el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, celebrado el 20 de marzo de 1883 y revisado en diversas oportunidades.³² El Convenio de París fue el instrumento internacional más importante que contribuyó a perfilar las bases del derecho de marcas en el periodo materia de estudio.

Conforme al artículo 1.1 del Convenio, los países a los cuales éste se aplica se constituyen en unión para la protección de la propiedad industrial. Una de las normas fundamentales del Convenio de París es la que insta a instaurar el principio del “trato nacional” o de “asimilación con los nacionales”. Conforme a este principio, cada país miembro tiene que aplicar a los nacionales de los otros países miembros el mismo trato que a sus propios nacionales, sin exigir para ello reciprocidad.³³ Otro principio importante es el principio de tratamiento unionista, conforme al cual además de los derechos emanados del principio de trato nacional, el Convenio de París otorga a los nacionales de los países de la unión, un conjunto de derechos mínimos regulados por

²⁹ *The History of Coca Cola, 1900's-1920's*, p. 1, <http://iml.jou.ufl.edu/projects/spring08/Cantweell/20thcent.html>, 19-04-2013.

³⁰ *The Coca Cola Company. Heritage Timeline, 1919-1940*, p.1, <http://heritage.coca-cola.com/19.04.2013>.

³¹ *The History of Coca Cola, 1900's-1920's*, p.1, <http://iml.jou.ufl.edu/projects/spring08/Cantweell/20thcent.html>, 19-04-2013.

³² El Convenio fue finalmente enmendado el 28 de setiembre de 1979. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual —OMPI—. Base de datos de OMPI de textos legislativos de propiedad intelectual (en línea). Ginebra, Suiza (ref. 4 de agosto de 2010). Disponible en http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/es/ip/paris/pdf/trtdocs_wo020.pdf

³³ Larraguibel Zavala, Santiago, *Derecho de autor y propiedad industrial*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 158, que a su vez cita la obra de G. H. C. Bodenhausen (1969), *Guía para la aplicación del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*, Ginebra, p. 13.

el mismo Convenio;³⁴ específicamente, en cuanto a las marcas, el Convenio contiene una serie de disposiciones que amplían y fortalecen su protección.

El artículo 4 del Convenio establece el llamado derecho de prioridad en la presentación de solicitudes de diferentes elementos de la propiedad industrial. En lo que respecta a las marcas, si se hubiera presentado una solicitud de registro en alguno de los países de la unión, se dispondrá de un plazo de seis meses para presentar la solicitud de registro de dicha marca en cualquiera de los demás países de la unión; de verificarse tales hechos, la fecha de presentación de esta segunda solicitud se considerará efectuada en la misma fecha de presentación de la primera solicitud.

Si, por ejemplo, el 2 de febrero de 2012 se presentara la solicitud de registro de marca “Le Cheval” en Francia y el solicitante, a su vez, presentara el 25 de marzo del mismo año la solicitud de registro de la misma marca en Alemania, tendrá un mejor derecho frente a las solicitudes de registro presentadas en Alemania por otros competidores que sean posteriores a su solicitud presentada en Francia, aunque anteriores a la solicitud presentada en Alemania. Esta solución está corroborada por lo dispuesto en el literal b) del mismo artículo 4 del Convenio de París.

Otra norma fundamental en el Convenio es la establecida en su artículo 5, c), 1), según el cual “Si en un país fuese obligatoria la utilización de la marca registrada, el registro no podrá ser anulado sino después de un plazo equitativo y si el interesado no justifica las causas de su inacción”.

También tenemos el artículo 5, c), 2, del Convenio de París, según el cual “El empleo de una marca de fábrica o de comercio por el propietario, bajo una forma que difiera por elementos que no alteren el carácter distintivo de la marca en la forma en que ésta ha sido registrada en uno de los países de la Unión, no ocasionará la invalidación del registro ni disminuirá la protección concedida a la marca”. Bertone y Cabanellas señalan que la redacción de esta norma no es adecuada, pues lo que aquí importaría “...no es que la marca pierda o no su carácter distintivo, sino que el signo empleado no difiera sustancialmente del que fue registrado y que se encuentre jurídicamente protegido en virtud de tal registro”.³⁵

El artículo 6 *quinquies* establece un régimen excepcional de protección de las marcas registradas en un país de la Unión. Se instauro el principio de

³⁴ Fernández Novoa, Carlos, *Tratado sobre derecho de marcas*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, pp. 702 y 703.

³⁵ Bertone, Luis Eduardo y Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho de marcas, marcas, designaciones y nombres comerciales*, 2a. ed., Buenos Aires, Heliasta, 2008, tomo I, p. 128. En el texto, los autores hacen una referencia de confrontación a Chavanne A., y Burst, J. J., *Droit de la propriété industrielle*, París, 1976 p. 424.

protección de la marca *telle quelle*, o protección mediante la cláusula “tal cual es”. Según Bodenhausen, el artículo referido “...sienta el *principio* de que una marca de fábrica o de comercio *regularmente registrada en el país de origen* será aceptada para su depósito y protegida *tal cual es en los demás países de la Unión*, con sujeción a las demás normas que se dan en el artículo”.³⁶

Como podemos apreciar de los diversos artículos del Convenio de París, se trata de proteger más eficazmente a la marca en un contexto internacional. Pero tal vez la norma más importante del Convenio de París relacionada con la expansión de los mercados para los productos y la dimensión internacional de la marca es el artículo 6 bis del Convenio, en el cual se otorga una protección especial a la marca notoriamente conocida. Con esta disposición se evitó —en alguna medida— que marcas notoriamente conocidas pero no registradas en un mercado determinado queden desamparadas.

El reconocimiento del Convenio de París a la marca notoriamente conocida inicia una serie de esfuerzos dirigidos a darle una protección especial en el ámbito internacional, dada su posición de debilidad frente a posibles aprovechamientos indebidos de empresarios inescrupulosos ante la falta de protección legal más allá de las fronteras del país donde la marca se hubiera registrado.

Como se sabe, uno de los principios fundamentales con los que se configura la marca en el siglo XIX es el principio de territorialidad. En virtud de este principio, la protección jurídica otorgada a la marca sólo es concedida en el ámbito del territorio del país en que ella se hubiera registrado. Así, por ejemplo, una marca registrada en Italia no tenía ninguna protección en España, y en consecuencia cualquier empresario podía registrarla en ese país sin ningún problema, resultando que si los productos distinguidos con la marca italiana fueran exportados a España, el titular de la marca española podría impedir su comercialización, pues se estaría ante una infracción a su derecho de marca.

El fenómeno de aprovechamiento indebido en el país, de marcas registradas en el extranjero por otros titulares, conocido como “piratería marcaria internacional”, fue materia de especial preocupación en el caso de las marcas notoriamente conocidas. Por ello, el Convenio de París buscó remediar, aunque sea parcialmente, esta situación, ampliando la protección de este tipo de marcas, de modo que ella no estuviera restringida por los principios de territorialidad, especialidad ni por el de inscripción registral.

³⁶ Bodenhausen, G. H. C., *Guía para la aplicación del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, revisado en Estocolmo en 1967*, Ginebra, Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual (BIRPI), 1969, p. 118.

La expansión de los mercados nacionales e internacionales también incluye el incremento explosivo del sector servicios, que es característico del crecimiento económico sostenido que impulsa la Segunda Revolución Industrial. Conforme a la ley económica denominada Ley Colin Clark, formulada en 1940: “Las cifras de la población demuestran que una de las características siempre presentes en el crecimiento económico es el desplazamiento de la población activa del sector agrícola al sector industrial y de dicho sector al de los servicios”.³⁷

En efecto, la mayor renta nacional en los países industrializados propendió el incremento de la demanda de servicios, no sólo de la clase adinerada, sino también de la cada vez más grande clase media. La oferta de servicios variada y masiva no se hizo esperar: servicios de transporte de mercancías y de pasajeros a través de ferrocarriles, y buques a vapor, servicios financieros y bancarios, el comercio, servicios de las profesiones liberales (médicos, abogados y otros), servicios de salud, servicios de educación, servicios de cultura, entretenimiento y recreo, oficios diversos (barberías, lavanderías, tabernas), servicio doméstico, servicios de sanidad, tiendas, restaurantes, servicios de telefonía, de telegrafía, de electricidad, servicios de hotelería, etcétera.³⁸

En la baja Edad Media, o inclusive mucho después al momento de darse las primeras legislaciones modernas de marcas, hubiera sido impensable que se reconociera la existencia de las marcas de servicio.

El incremento del sector terciario y su importancia en la economía en la Segunda Revolución Industrial comenzó a hacer necesario el uso de la marca de servicios en los negocios, lo que posteriormente dio origen a su reconocimiento legislativo en algunos países, como en Estados Unidos de América, con la Lanham Act del 5 de julio de 1946.³⁹

De hecho, el sector servicios se incrementó de manera importante en este país durante la Segunda Revolución Industrial, y el uso de la marca

³⁷ Escudero, Antonio, *op. cit.*, nota 14, p. 92.

³⁸ *Ibidem*, pp. 94 y 95.

³⁹ Según el profesor Bodenhausen, *op. cit.*, nota 37, p. 23, a la fecha de la revisión de Estocolmo del Convenio en 1967 sólo un número limitado de Estados miembros habían legislado sobre marcas de servicios, como por ejemplo: “...Argelia (Ordonnance, 19.3.1966), Canadá (Ley sobre marcas y competencia desleal, 14.5.1953), Dinamarca (Ley sobre marcas, 11.6.1959), Estados Unidos de América (Ley sobre marcas 5.7.1946, modificada), Filipinas (Ley de marcas núm. 166 del 20.6.1947), Finlandia (Ley sobre marcas, 10.1.1964), Francia (ley del 20.6.1947), Israel (Decreto sobre marcas, 1938 modificado el 4.3.1965), Italia (Ley sobre marcas del 21.6. 1942, modificada el 24.12.1959), Mónaco (Ley 608 del 20.6.1955), Noruega (Ley de marcas 3.3. 1961), Rumania (Ley sobre marcas de fábrica o de comercio y sobre marcas de servicio, 29.12.1967), Suecia (Ley sobre marcas, 2.12.1960), Uruguay (Decreto del 28.9.1967), U.R.S.S. (Estatuto de marcas, 23.6.1962, modificado el 31.3.1967), Yugoslavia (Ley sobre marcas de fábrica o de comercio y sobre marcas de servicio, 4.11.1961)”.

para distinguir servicios comenzó a ser un fenómeno frecuente, que tenía el amparo jurídico de la protección contra la competencia desleal; pero es recién con la Lanham Act cuando se instaura un sistema de registro de marcas que identificaban el origen de los servicios.⁴⁰ Esta norma define a la marca de servicios de la manera siguiente: “*SERVICE MARK*: The term ‘service mark’ means a mark used in the sale or advertising of services to identify the services of one person and distinguish them from the services of others...”.⁴¹

Dados los avances en la protección a las marcas de servicio en los Estados Unidos, no sorprende que en 1958, este país fuera uno de los dos que presentaran en la Conferencia de Revisión de Lisboa, una propuesta de modificación al artículo primero, párrafo 2, del Convenio de París, en el que se incluye como objeto de la propiedad industrial a las marcas de servicio.⁴²

La importancia que dieron los Estados Unidos a las marcas de servicio fue tal, que en la mencionada Conferencia de Revisión de Lisboa presentaron una propuesta de artículo más ambicioso que el artículo 6 *sexies*, que en ese oportunidad se aprobó. De haber tenido éxito la propuesta, se habrían asimilado en forma completa las marcas de servicio a las marcas de fábrica y de comercio en el ámbito del Convenio de París, a través de la obligación de los Estados no sólo de proteger a la marca de servicio, sino también de crear un sistema de registro para ella.⁴³

El artículo 6 *sexies* del Convenio de París dispuso lo siguiente: “Los países de la Unión se comprometen a proteger las marcas de servicio. No están obligados a prever el registro de estas marcas”.

El punto crucial aquí fue que hubo un avance —aunque parcial— en el hecho de haber reconocido expresamente a las marcas de servicio. No se consideró obligatorio que se implemente un sistema para el registro de dichas marcas, pero sí que hubiera un sistema de protección para ellas, lo cual podía verificarse a través de las normas y principios contra la competencia desleal.⁴⁴ El reconocimiento de las marcas de servicio y la instauración

⁴⁰ McCarthy, J. Thomas, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, 3a. ed., New York, Clark, Boardman, Callaghan, Intellectual Property Library, 1992, tomo 1, pp. 4-16.

⁴¹ Lanham Act 45, 15 U.S.C.S. 1127, citada por McCarthy, J. Thomas, *op. cit.*, nota 41, pp. 4-16.

⁴² Bodenhausen, G. H. C., *op. cit.* nota 37, p. 23.

⁴³ *Ibidem*, p. 134.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 134 y 135. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el hecho de que en el Convenio de París se haya establecido que los países de la unión no estaban obligados a prever el registro de marcas, no quiere decir que ellos no pudieran establecerlo. Es interesante la evolución que en cuanto a la protección de las marcas de servicio han tenido los países en que la marca tiene la protección por el *common law*. Por ejemplo, en Canadá la marca de

de un sistema de protección, aunque incompleto, ilustra cómo los cambios acaecidos en la sociedad crean nuevos desafíos y problemas a los que el derecho debe dar respuesta. En este caso, el crecimiento económico sostenido propio de la Segunda Revolución Industrial requería urgentemente una forma de diferenciar de manera clara las diversas ofertas de servicios que competían en el mercado, lo cual se logró con el reconocimiento de una nueva categoría de marca: la marca de servicio.

VI. CONCLUSIONES

El cambio de contenido de la marca que se inicia en la transición de la baja Edad Media a la Edad Moderna está relacionado con el abandono de su carácter de marca corporativa; es decir, se vincula con su desaparición como institución jurídico-pública al interior de las corporaciones, en protección del consumidor.

Este fenómeno se produce porque gradualmente se van presentando realidades de libre mercado, que en la Edad Moderna se llegan a institucionalizar en la sociedad occidental. Dentro de este mundo regido por el principio del interés individual y por el principio de libertad, en el que se manifiesta el fenómeno de la competencia económica, la marca adquiere la fisonomía de un derecho subjetivo, plenamente individualista y facultativo, que ayuda a dinamizar la competencia en el mercado.

Como resultado de la Primera Revolución Industrial, empezó un marcado y sostenido crecimiento en el sector productivo y de servicios. No hubo sólo un incremento del volumen de productos y servicios ofertados, sino también de la variedad de los mismos. Al final de la Primera Revolución Industrial, aproximadamente en la segunda mitad del siglo XIX, la organización de la producción a través de la fábrica ya se había generalizado, lo que aumentó decididamente la productividad de las actividades económicas. El aumento sostenido de la cantidad y variedad de productos y servicios generó una mayor competencia, que hacía cada vez más necesaria la utilización de la marca para poder reconocer una oferta de calidad; ello acentuó la importancia de su función distintiva; es decir, su aptitud para identificar y diferenciar un producto o servicio de sus iguales o similares en el mercado.

servicio fue largamente protegida por el *common law* con base en el uso de este tipo de marca. (Vaver, David, *Intellectual Property Law*, Concord, Ontario, Irwin Law, Essentials of Canadian Law, 1997, p. 185).

Luego de ello, en la Ley sobre Marcas y Competencia Desleal, del 14. 5.1953, se permite el registro de esta clase de marcas.

Las marcas que en un tiempo fueron exclusivas de los maestros o de las corporaciones de oficio, y que luego pasaron a ser las marcas de los ciudadanos y de las pequeñas empresas, se han convertido en las “marcas de fábrica”, y con este carácter son plasmadas en muchas legislaciones de la época.

En la Segunda Revolución Industrial, la división social del trabajo realizada en la fábrica resultaría en métodos de organización industrial sofisticados, como el promovido por el taylorismo y el fordismo, lo que unido a las continuas mejoras técnicas, al aprovechamiento de nuevas fuentes de energía, la conformación de la gran empresa ayudada por la inversión del capital financiero, generaron una producción masificada, estandarizada y en serie, cuya única forma de identificación eficaz en un mercado en que reinaba la libre competencia era mediante la marca. De ahí la importancia de la función distintiva de la marca, como elemento esencial de su identidad dentro de un sistema de economía de mercado. En él, la marca no es sólo una pieza clave para la transparencia del mercado, sino una condición esencial para su funcionamiento; sin ella, sería imposible que la oferta y la demanda de productos y servicios pudieran concurrir, y que los consumidores puedan, en ejercicio de su libertad y sin necesidad de incurrir en costos extraordinarios, escoger el producto o servicio de su preferencia.

Junto con la función distintiva de la marca, la función condensadora de *goodwill* y la función publicitaria de la marca tienen también un rol importante en su configuración como instrumento de ventas. La marca moderna está indisolublemente ligada a la noción de libre mercado, a tal punto que podría afirmarse que sin mercado no hay marca, y a su vez que sin la existencia de la marca, un mercado masificado, estandarizado y de fabricación en serie, como el que resultó de la segunda revolución industrial, no podría haber funcionado.

La expansión internacional de productos y servicios ocurrida como consecuencia de la Segunda Revolución Industrial originó dos nuevas formas de marca: la marca de servicios y la marca notoriamente conocida, cuya protección jurídica era necesaria para asegurar un crecimiento constante de los negocios y de la economía.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ANTAL, Frederick, *El mundo florentino y su ambiente social*, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1963.

BARRAULT, E. Emile, *Marques de fabrique et noms commerciaux. Guide pratique du fabricant, du negociant et du commercant*, Paris, 1859.

- BERTONE, Luis Eduardo y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho de marcas, marcas, designaciones y nombres comerciales*, 2a. ed., Buenos Aires, Helliasta, 2008, tomo I.
- BODENHAUSEN, G. H. C., *Guía para la aplicación del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, revisado en Estocolmo en 1967*, Ginebra, Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual (BIRPI), 1969.
- CHAVANNE, A. y BURST, J. J., *Droit de la propriété industrielle*, París, 1976.
- CORNEJO GUERRERO, Carlos Alejandro, *Derecho de marcas*, 2a. ed., Lima, Cultural Cuzco, 2007.
- , *Los orígenes de la marca*, Lima, Cultural Cuzco, 2008.
- , *Las transformaciones del derecho de marcas y sus relaciones con el derecho de propiedad*, Lima, Cultural Cuzco, 2000.
- FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, *Tratado sobre derecho de marcas*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2004.
- HEILBRONER, Robert L., *Vida y doctrina de los grandes economistas*, 2a. ed., trad. de Amando Lázaro Ros, Barcelona, Ediciones Orbis, 1985, tomo I.
- ESCUADERO, Antonio, *La Revolución Industrial*, 10a. ed., Madrid, Grupo Anaya, 2005.
- KLIKSBERG, Bernardo, *El pensamiento organizativo: del taylorismo a la moderna teoría de la organización*, Buenos Aires, Depalma, 1973.
- LARRAGUÍBEL ZAVALA, Santiago, *Derecho de autor y propiedad industrial*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- MCCARTHY, J. Thomas, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, 3a. ed., New York, Clark, Boardman, Callaghan, 1992, tomo 1.
- O'BRIEN, Robert, *Máquinas*, México, Offset Multicolor, 1965.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Base de datos de OMPI de textos legislativos de propiedad intelectual (en línea), Ginebra (ref. 4 de agosto de 2010), en http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/es/ip/paris/pdf/trtdocs_wo020.pdf
- RICHONIER, Michel, *La metamorfosis de Europa de 1769 a 2001*, trad. de Consuelo Vásquez de Parga, Madrid, Espasa-Calpe, 1986.
- VAVER, David, *Intellectual Property Law*, Concord, Ontario, Irwin Law, 1997.
- VÉLEZ BEDOYA, Ángel Rodrigo, *Los clásicos de la gerencia*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2007.
- THE History of Ford – The Brand That Started It All, p. 3, hassetautomotive.com/History-Of-Ford.aspx.

HEINZ, *A Journey Through the Brand's History by Branding Magazine Editorial*, *www.brandmagazine.com/2013/01/21/heinz-brand-infographic/*, 16.04. 2013

HENRY Heinz and Late Nineteenth, *Century Brand Creation: Making Markets for processed Foods*, en <http://hbswk.hbs.edu/archive/788.html>, 16/04/2013.

OUR History /About Us /Heinz Australia, en www.heinz.com.au/About-Us/Our-History 16-04-2013.

The History of Coca Cola Invention, en <http://iml.jou.ufl.edu/projects/spring08/Cantweell/invention.html>, 19-04-2013.

The History of Coca Cola, 1900's – 1920's, en <http://iml.jou.ufl.edu/projects/spring08/Cantweell/20thcent.html>, 19-04-2013.

The Coca Cola Company, Heritage Timeline, 1919-1940, en <http://heritage.coca-cola.com/>, 19.04.2013.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, OMPI. Base de datos de OMPI de textos legislativos de propiedad intelectual (en línea). Ginebra (ref. 4 de agosto de 2010), en http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/es/ip/paris/pdf/trtdocs_wo020.pdf

Ley Francesa de Marcas de Fábrica y de Comercio de 1857.