

GLOBAL ISSUES

EDICIÓN: AÑO 1. NO. 1

REVISTA DE LA CARRERA DE NEGOCIOS INTERNACIONALES



- LOS ESTÁNDARES COMO FACILITADORES DEL COMERCIO Y COMO RESTRICCIONES PARAARANCELARIAS
- EL PROCESO DE INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS EMPRESAS SOCIALES
- EL MARCO REGULATORIO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN AMÉRICA LATINA
¿EXISTE ESPACIO SUFICIENTE PARA UNA CONVERGENCIA REGULATORIA EN LA REGIÓN?
- PROPIEDAD INTELECTUAL, INCLUSIÓN Y ESTRATEGIAS OFENSIVAS PARA PAÍSES EN DESARROLLO
- LA ÉTICA EMPRESARIAL EN EL PERÚ



Índice

—Editorial—

4 La Ética Empresarial en el Perú

6 Los Estándares como facilitadores del Comercio y como restricciones Paraancelarias

10 El Marco Regulatorio de la Inversión Extranjera directa en América Latina
¿Existe espacio suficiente para una convergencia regulatoria en la región?

22 El proceso de internacionalización de las empresas sociales

24 Propiedad intelectual, inclusión y estrategias ofensivas para países en desarrollo



Maria de las Mercedes Anderson

Cargo Actual
Directora de la Carrera de Negocios Internacionales

Educación
Ex alumna de carrera de Economía de la Universidad de Lima
MSc. Economía Agrícola

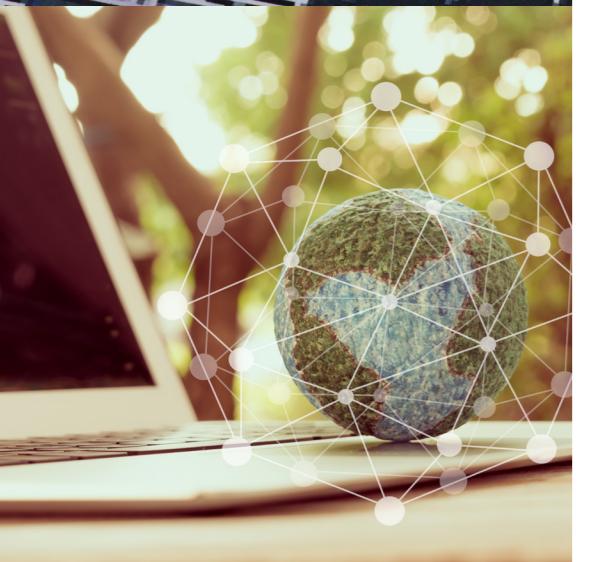
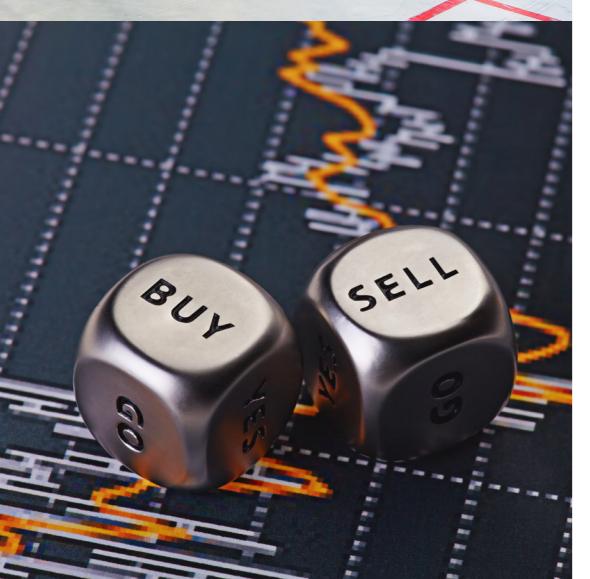
Un crecimiento constante de la economía peruana vino dándose en la última década, pero las tendencias nos dicen que es difícil que regrese otra década igual. El país requiere de un cambio. Un cambio dirigido al incremento de la productividad, la innovación, la competitividad y, por tanto, una mayor integración a los mercados internacionales.

Un comercio internacional amplio y diversificado contribuirá al crecimiento de las empresas, mejorará la productividad agregada y reducirá la vulnerabilidad de la economía ante eventos externos adversos, dinamizando de este modo el proceso de desarrollo.

La revista digital Global Issues se une al cambio. Queremos generar un lugar de encuentro que contribuya al desarrollo y a la comunicación de conocimientos y experiencias en temas necesarios para entender el constante cambio en que gira el mundo. En esta revista, profesionales especializados, docentes, graduados que desarrollan negocios internacionales, así como los alumnos que emprenden, ofrecen sus puntos de vista para entender, conocer, analizar y aplicar los distintos aportes que nos lleven a promover y a desarrollar empresas sostenibles con alcance internacional, y a generar relaciones a largo plazo.

En este primer número se desarrollan temas relacionados a la ética, las buenas prácticas y la internacionalización, tres temas de suma importancia para la sostenibilidad de una empresa y de un país, que determinan un rol importante en el área del desarrollo y de la inclusión, así como el potenciar las estructuras de integración económica existentes y un mayor grado de tecnificación en la producción con base científica, factores determinantes para alcanzar los niveles de competitividad en un escenario globalizado tan agresivo como el existente y el que vendrá.

El cambio es inherente a los negocios internacionales y por lo tanto debemos sumarnos al cambio y añadir valor al mundo. Recordemos la frase de Mahatma Gandhi: “Nosotros tenemos que ser el cambio que queremos ver en el mundo”.



LA ÉTICA EMPRESARIAL EN EL PERÚ

La ética, hoy en día, está en todas partes. Podemos encontrarla en nuestros trabajos y estudios. Yo soy Andrea Yáñez y estudié un segundo grado internacional en École Supérieure de Commerce - Groupe ESC Clermont, situada en Francia. Quiero comentarles qué aprendí y cómo lo aplico en mi vida profesional.

Una sencilla manera de describir la ética es pensar en cómo aplicamos nuestros derechos y obligaciones en el mundo de los negocios. Se puede definir desde la universidad; cómo uno se comporta con sus compañeros y profesores, qué tanto respetamos las normas. También podemos encontrarla en nuestros trabajos, cuando cumplimos con las órdenes para un proyecto. Cabe recalcar que no solo todo lo dicho anteriormente es la ética empresarial; más bien, esta se rige bajo principios.

Es sumamente importante saber por qué es tan básica la ética empresarial en nuestros tiempos, y principalmente en el Perú. Existen

muchos conflictos y oportunidades que se nos presentan en nuestra vida cotidiana. Nosotros debemos saber cómo reaccionar ante ello. Puede ser basándonos en nuestros valores personales y cumpliendo con nuestros roles profesionales. Además, nos brinda el entendimiento diverso sobre la cultura de negocios y la responsabilidad empresarial.

Para un análisis de la ética,

debemos considerar siempre estos tres factores principales: las acciones, los principios y la evaluación. En primer lugar, las acciones tienen cuatro dominios de valorización: la acción en sí, las consecuencias, el carácter y los motivos. En segundo lugar, los principios son la base para que la persona guíe correctamente sus acciones. Existe la interpretación firme que se rige por las leyes, regulaciones y

reglas. Y está la interpretación débil, que son los valores y normas, tales como confianza, sinceridad, integridad, respeto, tolerancia, aceptación, responsabilidad, determinación, gratitud, etcétera. Finalmente, en la evaluación, la persona va a juzgar moralmente lo que es bueno o malo, va a elegir entre lo que vale seguir y lo que no. Los principales beneficios de la ética son el compromiso del empleado, ya que aumenta la creatividad del grupo. Luego, la satisfacción del cliente, nos trae una relación a largo plazo. También, la lealtad del inversionista da resultados en la eficacia, eficiencia y productividad. Finalmente, por supuesto, las ganancias adquiridas en la empresa. Cabe recalcar que no solo se aplica a la vida profesional, sino a la cotidiana. Todo ello contribuye al éxito de una sociedad en el futuro, en nuestro Perú.

Sin embargo, ¿qué nos detiene a basarnos en la ética empresarial? Existen varios dilemas que podemos resaltar. He resumido los principales en dos. En primera

instancia, los conflictos de intereses hacen que la persona vele más por su conveniencia o un objetivo secundario, en vez de respetar la ética. En segundo lugar, encontramos la posibilidad de evadir toda acción correcta para alcanzar la "solución perfecta". Esta se plantea cuando el profesional no ve otra opción más que quedarse de brazos cruzados y continuar como si no hubiese ocurrido nada.

En conclusión, con las exigencias de esta sociedad contemporánea globalizada y cambiante, en la carrera de Negocios Internacionales es sumamente importante regirse por la ética empresarial cada vez que se nos presenten conflictos, adversidades, proyectos, etcétera. Sin embargo, no siempre vamos a ver que los valores, principios, leyes y normas sean respetados, ya que, para muchos, la cultura y la ética no van de la mano. Y esto vale no solamente en lo profesional, sino en nuestra vida cotidiana.

Referencias

Arnold, D. G., Beauchamp, T. L., & Bowie, N. L. (2009). *Ethical Theory and Business*. Octava edición. Londres: Pearson International.

Ferrell, O. C., Fraedrich, J., & Ferrell, L. (2012). *Business Ethics: Ethical Decision Making and Cases*. Novena edición. Boston: Houghton Mifflin.

Ferrell, O. C., Fraedrich, J., & Ferrell, L. (2013). *Ethical Decision Making in Business: A Managerial Approach*. Novena edición. South-Western: Cengage Learning.

Andrea Yáñez Herrera
Alumna de pre-grado de la
Carrera de Negocios
Internacionales
Universidad de Lima
Programa de Segundo Grado
Internacional
Groupe ESC Clermont





LOS ESTÁNDARES COMO FACILITADORES DEL COMERCIO Y COMO RESTRICCIONES PARA ARANCELARIAS

La calidad, seguridad e inocuidad¹ de los bienes ofertados es una condición que facilita el intercambio de estos en una economía de mercado. En un sistema económico signado por la libertad, se admiten diversas calidades de los bienes en tanto no atenten contra la salud y seguridad de los consumidores.

Es justamente en el ejercicio de esa libertad de iniciativa que el comercio ha ido generando mecanismos institucionales para facilitar los intercambios de bienes, tanto a nivel interno como externo, y hacer compatibles los bienes que integran cadenas productivas mediante el uso de los estándares

¹La ISO define a la calidad como el grado en el que un conjunto de características inherentes a un objeto (producto, servicio, proceso, persona, organización, sistema o recurso) cumple con los requisitos. Por su parte, el término “seguridad e inocuidad” que empleamos en este artículo apela a una noción operativa y comprensiva de productos que no conllevan riesgos para la salud y seguridad del consumidor.

de calidad, de la reglamentación técnica y de los procedimientos de evaluación de la conformidad.

Los estándares de calidad

El estándar de calidad, o norma técnica, es definido por la Organización Internacional para la Normalización (ISO) de la siguiente manera:

“[Es un] documento aprobado por una institución reconocida, que prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos, y cuya observancia no es obligatoria. También pueden incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción.”

En este sentido, la opción por la estandarización es una decisión libre de los agentes económicos interesados en mejorar el intercambio de bienes y tener más mercados disponibles para la colocación de estos.

Es indudable que, a mayor estandarización en la calidad de los bienes, mayor facilidad para la integración de los mercados, particularmente cuando la integración es con bienes en mercados que corresponden a distintos países. En otras palabras, la estandarización es un elemento dinamizador de la globalización: los mercados expresan sus preferencias y ordenan las exigencias en cuanto a calidad de los bienes de manera uniforme en el mundo. En el diseño del sistema

internacional, con este mecanismo se logra el bienestar global: comunicación comercial, difusión tecnológica, eficiencia productiva, incremento de la competencia, compatibilidad, gestión de procesos y bienestar de los ciudadanos.

La reglamentación técnica

La ISO define el reglamento técnico como

“[un] documento por el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción.”

La principal diferencia entre una norma y un reglamento técnico reside en la observancia. Mientras que la conformidad con las normas es voluntaria, los reglamentos técnicos son de carácter obligatorio; además, tienen diferentes consecuencias para el comercio internacional. Si un producto importado no cumple las prescripciones establecidas en un reglamento técnico, no se autorizará que se ponga a la venta. En el caso de las normas, los productos importados que no estén en conformidad con ellas podrán ponerse en el mercado, pero se verán penalizados si los consumidores prefieren productos que se ajusten a las normas del país, por ejemplo, en cuanto a calidad o color en el caso de

los textiles y las prendas de vestir.

Los reglamentos técnicos son requisitos mínimos que establece el Estado para asegurar la seguridad e inocuidad de los bienes que se colocan en el mercado. Así, se definen y actúan los dos marcos de referencia para la regulación de la calidad en el comercio: la regulación voluntaria, generada a iniciativa de los propios agentes; y la regulación obligatoria, impuesta por el Estado en su labor de cautelar derechos esenciales de los consumidores y la viabilidad del sistema de mercado.

Procedimientos de evaluación de la conformidad

La verificación de la calidad (campo voluntario) y de la seguridad e inocuidad (campo obligatorio) requiere de una serie de mecanismos institucionales con respaldo internacional. Así, en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la Organización Mundial del Comercio (OMC) se definen los Procedimientos de Evaluación de la Conformidad como *“todo procedimiento utilizado, directa o indirectamente, para determinar que se cumplen las prescripciones pertinentes de los reglamentos técnicos o normas. Los procedimientos para la evaluación de la conformidad comprenden, entre otros, los de muestreo, prueba e inspección; evaluación, verificación y garantía de la conformidad; registro, acreditación y aprobación, separadamente o en distintas combinaciones”*.



En el comercio internacional, son los exportadores los que deben satisfacer los derechos aplicados —si fuera el caso— a esos procedimientos. Ahora bien, si no son transparentes y se aplican discriminatoriamente, los procedimientos de evaluación de la conformidad pueden resultar instrumentos pro-teccionistas eficaces.

Los procedimientos de evaluación de la conformidad por lo general se encuentran estandarizados y supervisados en función de una serie de instrumentos internacionales con la finalidad de que los pronunciamientos sobre el cumplimiento o no de los estándares tengan efectos en el mercado mundial.

La OMC en el campo de los estándares, reglamentos y procedimientos de evaluación de la conformidad

En la medida en que en el marco del Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT)

primero y luego en la OMC los países consolidaron sus niveles arancelarios con miras a su progresiva reducción, los instrumentos relativos a la calidad y seguridad e inocuidad adquirieron mayor importancia como potenciales mecanismos para restringir el acceso a los mercados y proteger las industrias nacionales. La preocupación por una utilización indebida de los estándares y reglamentos se tradujo en la aprobación del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) y el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF), acuerdos adoptados con la creación de la OMC (1994) que introducen reglas de transparencia, racionalidad y no discriminación en la adopción de las denominadas regulaciones de orden técnico, como son los estándares, los reglamentos técnicos y los procedimientos de evaluación de la conformidad.

Especificamente, la regla sobre transparencia incluye: a) la noti-

ficación, con la debida antelación, de los proyectos de reglamentación que un país prevé adoptar a fin de que los potenciales países afectados puedan alcanzar comentarios, y b) la implementación de un sistema de información para que los demás países miembros puedan conocer las reglamentaciones vigentes sobre la materia. Datos de la OMC señalan que al año 2017, los países miembros tienen vigentes 3493 medidas en el marco del Acuerdo MSF y 2710 medidas en el marco del Acuerdo OTC.

La diferencia entre ambos acuerdos es básicamente su alcance: los aspectos relacionados con la salud humana en cuanto a su presentación, valor nutritivo, embalaje y etiquetado en productos farmacéuticos y alimentos corresponden al Acuerdo OTC, al igual que el tratamiento de la calidad de todos los demás productos de la industria. Por su parte, el acuerdo MSF comprende las reglamentaciones destinadas a proteger la salud (de las personas o animales) de los riesgos que comporten los alimentos o de las enfermedades propagadas por animales o vegetales, así como la preservación de estos últimos de las plagas o enfermedades que podrían afectarlos. El Acuerdo MSF involucra todos los aspectos referidos a la sanidad agraria de un país, o los aspectos sanitarios de los alimentos, aún procesados, destinados al consumo humano o de los animales.

En este punto es preciso cuestionarse: ¿cuándo una norma técnica o reglamento protege a los consumidores (por ejemplo, de bacterias en un alimento), o a un país (por ejemplo, de plagas localizadas en otro país) y cuándo una medida puede convertirse en una barrera para arancelaria? Desafortunadamente no es

fácil dilucidar claramente esta situación. Se plantean muchas consideraciones frente a una medida comercial restrictiva. No obstante, la experiencia recogida de las negociaciones internacionales da pie para indicar que muchas de las barreras no justificadas que hoy existen en el comercio son resultado de tratos e influencias que ejercen empresas y comercializadores sobre los funcionarios técnicos de países, y las barreras vigentes no solo se agravan, sino que tienen también origen en justificaciones como las siguientes:

- La seguridad alimentaria y las medidas aplicadas en forma indiscriminada, para la protección de la sanidad de animales y vegetales.
- Las capacidades administrativas, técnicas y otras muy poco desarrolladas por los países en desarrollo, como el Perú, para enfrentar los requerimientos cada vez más exigentes por parte de los desarrollados.
- Los altos costos en que deben incurrir los países en desarrollo para satisfacer las exigencias de los desarrollados en el comercio internacional o responder adecuadamente a sus demandas.
- Las debilidades institucionales que los países en desarrollo sufren frente a las diversas exigencias comerciales y de negociación.

Por su parte, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) señalaba, a inicios del presente siglo, que el 80 % del comercio mundial total ya se ve afectado por estándares y reglamentaciones. Asimismo, que los gastos en que se debe incurrir para cumplir con las normas y requisitos técnicos y llevar a cabo los ensayos y el pro-

ceso de certificación oscilan entre el 2 % y el 10 % del costo total de producción (OCDE, 1999). Todo lo anterior requiere que nuestro país enfrente dichas restricciones fijándose objetivos de corto y mediano plazo, conducentes a lo siguiente:

1. Lograr un mayor grado de tecnificación en la producción con base científica.
2. Propender a un sistema de seguridad alimentaria mucho más eficiente y seguro junto con la exigencia y el apoyo estatal para la implementación de sistemas de gestión de calidad e inocuidad.
3. Involucrar en forma creciente a las asociaciones de consumidores en las decisiones sobre alimentos.
4. Adoptar en forma creciente los estándares internacionales, principalmente del sector de alimentos. Asimismo, proponer estándares nacionales para su aceptación a nivel internacional.

El reto para nuestro país está planteado. El fortalecimiento de la institucionalidad de la calidad y seguridad con el respaldo de una política de Estado que permita su

sostenibilidad técnica y financiera es un factor indispensable para alcanzar niveles de productividad y competitividad con un desarrollo social y económico sostenible. El no hacerlo hoy nos coloca en el riesgo de desaprovechar los tratados de libre comercio que ha firmado el país y quedar fuera del ámbito de países que son competitivos.

Referencias

OCDE (1999). *Regulatory Reform and International Standardization*. TD/TC/WP (98)36.

Augusto Mello Romero
Docente de la Carrera de
Negocios Internacionales
Universidad de Lima
Máster en Administración y
Dirección Internacional de
Empresas
Universidad Politécnica de
Madrid



EL MARCO REGULATORIO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN AMÉRICA LATINA

¿EXISTE ESPACIO SUFICIENTE PARA UNA CONVERGENCIA REGULATORIA EN LA REGIÓN?

Resumen

El presente artículo analiza brevemente la evolución regulatoria de la inversión extranjera directa a nivel multilateral, regional y bilateral, colocando el énfasis en las regulaciones de los procesos de integración de la Alianza del Pacífico y del Mercosur, para luego explorar la existencia de espacios comunes para una convergencia normativa tomando como punto de partida el Plan de Acción de Puerto Vallarta y como punto de llegada la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

Palabras clave: inversión extranjera directa, Alianza del Pacífico, Mercosur, ALADI, convergencia, acuerdos de alcance parcial, Tratado de Montevideo 1980, Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), Solución de Controversias Inversor-Estado, Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones y Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones.

1. Introducción

El presente estudio se focalizará en la regulación de la inversión extranjera directa (IED) a nivel bilateral y regional, delimitando el análisis a los 13 países miembros de la ALADI: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Chile, Ecuador, México, Panamá, Perú, Paraguay, Venezuela y Uruguay.

Asimismo, se analizará en profundidad la regulación a nivel subregional, colocando el énfasis en los procesos subregionales de la Alianza del Pacífico y el Mercosur, para luego explorar la existencia de espacios comunes para una convergencia normativa tomando como punto de partida el Plan de Acción de Puerto Vallarta y como punto de llegada la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

1.1. Breve panorama de la regulación en materia de IED

La inversión extranjera directa (IED) tuvo diversas etapas de regulación a lo largo de las décadas y tal como lo expresa la UNCTAD en el World Investment Report 2015, los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) son el producto de los tiempos en los que fueron negociados. Es decir, fueron negociados y concluidos en un contexto histórico, económico y social específico, respondiendo a los desafíos y necesidades existentes de la coyuntura internacional.

En este sentido, es posible observar a través de la historia diversos niveles de regulación: un nivel multilateral, un nivel regional y un nivel bilateral.

A nivel multilateral, con la firma del Acta Final de la Ronda de Uruguay y el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC) en 1994,

se dio lugar a la incorporación de numerosas regulaciones en materia de inversión extranjera. A modo de ejemplo, citamos el Acuerdo General de Comercio de Servicios (AGCS), el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) y el Acuerdo sobre Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (MIC). Asimismo, en el marco de la Conferencia Ministerial de Singapur en 1996 con la finalidad de promover la regulación de la inversión extranjera a nivel multilateral, se lanzó un Programa de Trabajo denominado en inglés Working Group on Trade and Investment. Sin embargo, luego de cinco conferencias ministeriales y debido a divergencias en las posiciones de negociación, el programa fue finalmente abandonado en la Conferencia Ministerial de Cancún del 2003.

Por otra parte, de 1995 a 1998, en el ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), los países miembros establecieron negociaciones tendientes a suscribir un Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI). Sin embargo, dicha iniciativa no tuvo éxito, dado que surgieron diferencias en relación con los principios básicos que regulaban la protección de las inversiones (por ejemplo: definición de inversión, expropiación indirecta, Sistema de Controversias Inversor-Esta-

do, excepción cultural y temas relacionados con estándares laborales y medioambientales).

A su vez, surgieron dos nuevas iniciativas en el ámbito del Banco Mundial: por un lado la Convención que establece la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) en 1985, y por el otro, las Guías para el Tratamiento de las Inversiones Extranjeras en 1992.

En la actualidad, es importante destacar la Declaración Ministerial Conjunta sobre la Facilitación de las Inversiones para el Desarrollo, presentada por 70 miembros de la OMC (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Panamá, Paraguay, Uruguay, entre otros) en el marco de la XI Conferencia

Ministerial de la OMC, celebrada en diciembre del 2017 en Buenos Aires.

Finalmente, otra iniciativa fue el Proyecto de Acuerdo Multilateral sobre Facilitación de Inversiones, presentado por Brasil ante la OMC el 31 de enero de 2018. El proyecto, entre sus principales características, establece un Punto Focal Nacional y un Comité OMC sobre Facilitación de Inversiones, una Ventanilla Única Electrónica (VUE), Trato Especial y Diferenciado, Responsabilidad Social Empresaria y remite al Sistema de Solución de Controversias de la OMC, en caso de disputas.

A nivel regional, encontramos iniciativas plurilaterales tales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TL-



CAN), el cual marcó tendencia en los años 90 con su capítulo 11 de inversiones y la inclusión del Sistema de Solución de Controversias Inversor-Estado con reglas arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). El sistema arbitral Inversor-Estado pasó desapercibido durante muchos años, hasta que luego de varios arbitrajes, bajo el capítulo 11 del TLCAN y de otros acuerdos de promoción y protección reciproca de las inversiones (APPRI), adquirió notoriedad y conocimiento público, según el profesor Gus van Harten (2007).

En América Latina, la regulación de la inversión se incorpora en esquemas subregionales de integración, tales como la Alianza del Pacífico (Capítulo de Inversiones del Protocolo Comercial) y el Mercosur (Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones).

Por otra parte, existen otras iniciativas de regulación a un nivel

denominado birregional, entre las cuales podríamos mencionar acuerdos comerciales que incluyen capítulos de inversiones. Bajo dicha categoría podrían agruparse el Acuerdo Mercosur-Unión Europea, el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP, por su sigla en inglés) y el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá (conocido como CETA por su sigla en inglés).

Por último, a nivel bilateral los instrumentos de regulación de la inversión extranjera por excelencia fueron los APPRI, conocidos en inglés como bilateral investment treaties (BIT). Los APPRI adquieren su mayor momento de auge durante el período 1990-2007, el cual la UNCTAD denomina la “era de proliferación”. Dicha proliferación obedece en parte al cambio geopolítico operado por la caída del Muro de Berlín, la disolución de la Unión Soviética y el reconocimiento de la propiedad privada, la nueva Open Door Policy adoptada por China para

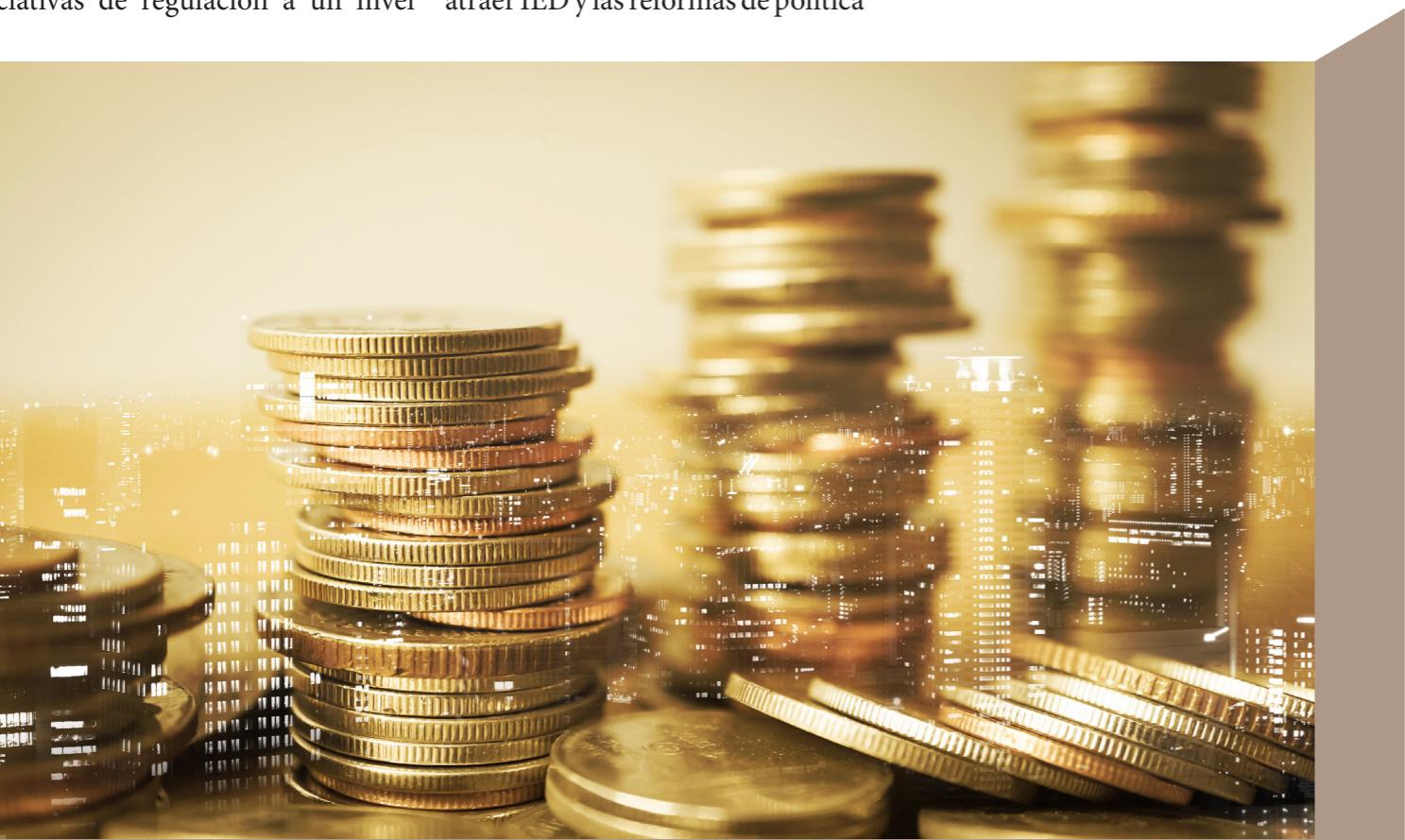
económica impulsadas en la región a través del denominado Consenso de Washington, entre otros factores.

2. La regulación de la inversión extranjera directa en la región

2.1. La regulación a nivel bilateral

A nivel bilateral, utilizamos como base la serie de estudios elaborados por la UNCTAD (2015, capítulo IV), dado que los mismos describen con gran precisión la coyuntura económica y política imperante en los diversos períodos, así como las etapas por las que tuvo que transitar la regulación de la inversión extranjera desde 1960 al día de hoy.

A efectos de facilitar el análisis, los estudios de la UNCTAD dividen la regulación bilateral en cuatro etapas: 1) era de la infancia (1950-1964), 2) era de la dicotomía (1965-1989), 3) era de proliferación (1990-2007), y 4) era de la reorientación (desde el 2008).



En la “era de la infancia” (1950-1964), los APPRI surgen como un nuevo instrumento de regulación y son firmados entre países desarrollados y países en desarrollo. Sin embargo, las disposiciones sobre protección de las inversiones son escasas y no se incluye el Sistema de Solución de Controversias Inversor-Estado. En el año 1959 se firma el primer APPRI, entre la República Federal Alemana y Pakistán, reproduciendo en parte el modelo de los tratados de amistad, comercio y navegación firmados por algunos países durante la Primera y la Segunda Guerra Mundial. Durante el período analizado, se registran solamente un total de 37 APPRI.

Por otra parte, en 1965 se establece el Centro Internacional Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) bajo el ámbito del Banco Mundial, y en 1958 se firma la Convención de Nueva York para el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales extranjeros, facilitando la ejecución en diversas jurisdicciones de laudos arbitrales dictados en países extranjeros.

La “era de la dicotomía” (1965-1989) se caracteriza por una expansión de los APPRI, firmados sustancialmente entre países desarrollados europeos y países en desarrollo de África, Asia y América Latina, con excepción de China, India y Brasil, entre otros. Al final de los años 80, la red de AII llega a un total de 400. Otra característica fundamental del período es el crecimiento de la inclusión de disposiciones sobre solución de controversias Inversor-Estado en los APPRI, tomando como ejemplo el APPRI suscrito entre Indonesia y Países Bajos en 1968.

En la “era de proliferación” (1990-

2007), la red de AII se expande a gran velocidad y los países suscriben un promedio de 3 acuerdos por semana, llegando a un total de 3067 acuerdos. Otra gran expansión se observa en el incremento de casos bajo el Sistema de Solución de Controversias Inversor-Estado, llegando a un total de 292 casos.

El motivo de tal expansión obedece en parte a una nueva coyuntura económica y política a nivel mundial, con sucesos tales como la disolución de la Unión Soviética, la caída del Muro de Berlín, la nueva política de atracción de IED adoptada por China y las reformas de política económica impulsadas en la región a través del Consenso de Washington.

En dicho período, la mayoría de los países (desarrollados y en desarrollo), consideraban la suscripción de APPRI como una práctica necesaria en la competencia global por la atracción de IED. Así, países como India y China, de gran potencial como importadores y exportadores de capital, expandieron notablemente su red de APPRI a nivel mundial.

En la región, según datos del Investment Hub de la UNCTAD para el 2018: Argentina firmó (55) APPRI, Bolivia (11), Brasil (21), Colombia (16), Ecuador (5), Perú (28), Paraguay (24), Uruguay (31) y Venezuela (27), entre otros.

En relación con la regulación de la inversión, la gran mayoría de los APPRI durante el período analizado cubría la fase “post-establecimiento”; sin embargo, algunos tratados de libre comercio (TLC) fueron más allá y comenzaron a incorporar en sus capítulos de inversiones o servicios cláusulas de “trato no discriminatorio para el establecimiento de inversiones extranjeras”, logrando como consecuencia una facilidad en el acceso a los mercados.

A su vez, la expansión de la red de AII es acompañada por otras iniciativas a niveles multilaterales y regionales antes descritas, en el marco de la OMC, OCDE, Banco Mundial, APEC y TLCAN entre otras.

Por último, durante la “era de la reorientación” (del 2008 a la actualidad), la red de AII llegó a la cifra de 3322 acuerdos (2946 APPRI y 376 tratados con cláusulas o capítulos de inversiones).

Sin embargo, un dato para tener en cuenta es que el año 2017 culminó con el número más bajo de AII desde 1983, lo cual denota un período de reflexión, revisión y reorientación de las políticas internacionales en materia de inversiones. Por otra parte, es la primera vez que el número de acuerdos terminados supera el número de nuevos AII suscritos.

El cambio de circunstancias podría obedecer a diversos factores, en particular se podrían destacar: 1) el nuevo modelo de APPRI promovido a partir del 2004 por Estados Unidos y Canadá con la finalidad de aclarar algunos estándares de trato y el alcance de la expropiación indirecta en el TLCAN, 2) la inclusión de nuevos estándares (protección de la salud, seguridad, medio ambiente y reconocimiento de los derechos laborales), 3) las crisis económicas y financieras de Argentina y Asia, y 4) el incremento exponencial de los casos bajo el Sistema de Solución de Controversias Inversor-Estado, llegando en 2017 a un total de 855 casos (con reglas arbitrales del CIADI).

En relación con el Sistema de

Solución de Controversias Inversor-Estado bajo las reglas arbitrales del CIADI, algunos países de la región comenzaron a cuestionar la utilidad de los APPRI, en particular por considerar que son instrumentos orientados a la protección y no a la promoción de las inversiones, creando en consecuencia una dinámica adversa al “buen clima de negocios” que debería prevalecer.

Entre las principales críticas, se destacan las siguientes: 1) el modelo tradicional de APPRI permite a los inversores iniciar arbitra-

Uruguay o contra Australia; 3) los excesivos montos en compensación establecidos por laudos arbitrales, que en diversas oportunidades favorecen los derechos comerciales individuales sobre los derechos sociales y políticas públicas de los Estados receptores de la inversión; 4) la dudosa eficacia como instrumentos decisivos para atraer IED, dado que no existen datos o estudios concretos que confirmen su importancia (Salacuse & Sullivan, 2005; Rozemberg & Gayá, 2013).

Por otra parte, según datos de la

consecuencia, pese a haber firmado 14 APPRI entre 1994 y 1999, su Congreso nacional nunca los ratificó. Por el otro, las posiciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela, países que decidieron denunciar el CIADI en los años 2007, 2009 y 2012, respectivamente, e iniciaron una política de denuncia de los APPRI vigentes, buscando la no renovación de los mismos.

A nivel mundial, también surgieron fuertes cuestionamientos a la red de AII y a los Sistemas de Solución de Controversias

llevar a cabo para lograr una reforma eficaz. Las áreas de acción son: asegurar una inversión responsable, preservar el derecho de regular mientras se otorga protección, reformar el Sistema de Solución de Controversias Inversor-Estado, promover las inversiones y mejorar la coherencia sistémica.

Por otra parte, ante la necesidad de modernizar el stock de los AII de vieja generación, más de 2500 acuerdos en vigencia, la UNCTAD consideró oportuno iniciar una Fase II de reforma. Para la implementación de la Fase II, la UNCTAD elaboró 10 opciones de política pública, entre las principales destaca: interpretación conjunta de las provisiones de los acuerdos, modificar algunas disposiciones, sustituir o reemplazar a los viejos tratados, terminar los tratados antiguos y retirarse de los acuerdos sin ratificar, entre otras.

Con relación al Sistema de Solución de Controversias Inversor-Estado (SSCIE), durante los últimos años existieron diversos cuestionamientos y críticas por parte de países desarrollados y en desarrollo, llevando al sistema hacia una crisis de legitimidad.

Entre las principales críticas, se destacan las siguientes: 1) regulatory chill, el temor de un Estado anfitrión a ser demandado si regula en favor de su interés público; 2) la falta de coherencia sistémica en los laudos arbitrales; 3) la ausencia de una instancia de apelación, como CIADI o UNCITRAL; 4) la discriminación de los inversores locales frente a los extranjeros, al no poder acceder al arbitraje internacional; 5) los eventuales conflictos de intereses entre los árbitros; 6) los elevados costos que deben afrontar los Estados

demandados en su defensa; y 7) el pago de sumas excesivas en concepto de compensación a los inversores extranjeros, entre otras.

Ante dichos cuestionamientos, algunos países comenzaron a adoptar diversas estrategias de reforma. A modo de ejemplo, India comenzó una etapa de renegociación o denuncia de los APPRI, Australia excluyó el arbitraje Inversor-Estado de sus acuerdos (por ejemplo, el artículo 29.5 del TPP), Sudáfrica utiliza la mediación a nivel nacional para las controversias Inversor-Estado, la Unión Europea (por oposición del Parlamento Europeo y la sociedad civil al sistema arbitral) a través de la Comisión Europea propuso la creación de un tribunal específico en inversiones y un mecanismo de apelación, por último Canadá y la UE, en el acuerdo denominado por sus siglas en inglés CETA, incluyen un sistema diferente y contemplan una instancia de apelación. En lo que respecta a la región, citamos con anterioridad las posiciones sostenidas por Bolivia, Ecuador, Venezuela y Brasil en materia de inversiones.

2.2. La regulación a nivel subregional: Alianza del Pacífico y Mercosur

En el plano subregional, se analizarán el Protocolo Comercial de la Alianza del Pacífico y el Protocolo sobre Cooperación y Facilitación de Inversiones del Mercosur, ambos instrumentos subregionales que podrían ser referentes a nivel normativo en los países de la región.

2.2.1. El Protocolo Comercial de la Alianza del Pacífico

El Protocolo Comercial de la Alianza del Pacífico, suscrito el 10 de febrero de 2014, en su capítulo

10 regula todos los aspectos relacionados con las inversiones. Su estructura jurídica se asemeja al capítulo 11 del TLCAN, debido a que todos los miembros de la Alianza del Pacífico asumieron compromisos basados en el “modelo TLCAN” en sus respectivos TLC con los Estados Unidos, así como en los acuerdos comerciales suscritos entre ellos.

En cuanto a su estructura, el capítulo 10 contiene 33 artículos y secciones (A, B y C). La sección A contempla los aspectos esenciales de protección de las inversiones; la sección B, el mecanismo de solución de controversias Inversor-Estado; y la sección C abarca las disposiciones generales del protocolo. A su vez, consta de 6 anexos que contemplan el “derecho internacional consuetudinario”, “transferencias”, “expropiación”, “entrega de documentos”, consideraciones al “Decreto Ley 600 Chile” y “exclusiones de solución de diferencias de México”.

En relación con su contenido, la sección A provee las protecciones básicas a la inversión, incluyendo el “trato nacional” y “nación más favorecida”; el “nivel mínimo de trato” para las inversiones de acuerdo con los principios del derecho internacional consuetudinario; “tratamiento en caso de contienda”; se prohíben los “requisitos de desempeño”, entre los que destacan exportar a un determinado porcentaje de mercancías o servicios, alcanzar un determinado porcentaje de contenido nacional, otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios y transferir a una persona en su territorio tecnología; se incluyen además la libertad de “designar altos ejecutivos y juntas direc-



jes internacionales contra el Estado receptor de la inversión, sin recurrir previamente al sistema judicial local; 2) la interpretación de cláusulas sobre “expropiación indirecta”, que en muchas oportunidades restringieron la implementación de políticas públicas destinadas a proteger derechos fundamentales garantizados en las constituciones nacionales, tales como el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado, el derecho a la salud, entre otros; ejemplos concretos pueden observarse en los arbitrajes CIADI iniciados por la empresa multinacional Philip Morris contra

UNCTAD (2018, issue 2), durante el período 1987-2017 los Estados más demandados fueron Argentina (60), Venezuela (44) y España (43), seguidos de República Checa, Egipto, Canadá, México (27), Polonia, India, Rusia, Ecuador (23) y Ucrania. A su vez, en la región se pueden visualizar dos posiciones críticas bien definidas frente al Sistema Arbitral Inversor-Estado. Por un lado, la posición de Brasil, que considera que dicho sistema arbitral limita el derecho a regular y otorga beneficios extraordinarios a los inversores extranjeros. En

Inversor-Estado, lo cual generó un consenso entre los países sobre la necesidad de establecer un programa de reforma de los AII, identificando las áreas por reformar, la revisión de los acuerdos, el desarrollo de nuevos modelos de acuerdos y la necesidad de comenzar a negociar nuevos acuerdos.

Como una respuesta a la necesidad plasmada por algunos países, la UNCTAD desarrolló un programa denominado Road Map for IIA Reform (Fase I). Dicho programa establece cinco áreas de acción, que los países deberían

tivas" de cualquier nacionalidad.

A su vez, entre las características propias del protocolo es posible destacar su amplia gama de definiciones, en particular las de "inversión", "información protegida" e "inversión cubierta", así como la referencia al Convenio del CIADI y a la Convención de Nueva York. Por otro lado, en materia de "transferencia" relacionada con una inversión cubierta, se prevé que se realicen libremente y sin demora dichas transferencias, que incluyen por lo general aportes de capital, utilidades, dividendos, intereses, pago por regalía y otros cargos. También se incluye la prohibición de la "expropiación" que no persiga un propósito público, sin un debido proceso, o sin compensación; "denegación de beneficios" si un inversionista no parte es propietario o controla la empresa y si un inversionista de la parte que deniega es propietario o controla la empresa y esta no tiene actividades comerciales sustanciales; y "formalidades especiales y requisitos de información".

En la sección B, el protocolo incorpora el Sistema de Solución de Controversias Inversor-Estado, sin excluir ninguna materia. En relación con las garantías procedimentales, se incluyen: "consultas y negociaciones" para resolver la controversia de manera amigable en un plazo mínimo de seis meses; no obstante, si las partes no llegan a un acuerdo en dicho plazo, se puede someter la controversia a las reglas arbitrales del CIADI, UNCITRAL o de cualquier otra regla que las partes en la controversia elijan (sometimiento de una reclamación a arbitraje). Asimismo, en la referida sección se incluyen cláusulas relacionadas al "consentimiento de cada parte al arbitraje"; "condiciones y



limitaciones al consentimiento de las partes"; "selección de árbitros"; "realización del arbitraje"; "procedimientos arbitrales transparentes"; "derecho aplicable"; "interpretación de los anexos de medidas disconformes"; "informe de expertos" a petición de una de las partes para informar cualquier cuestión de hecho relativa a aspectos ambientales, salud, de seguridad u otros asuntos científicos; "acumulación de procedimientos"; "laudos" y "entrega de documentos".

En la sección C, se incorporan cláusulas orientadas a la "promoción de las inversiones"; "políticas de responsabilidad social"; "inversión y medidas sobre salud, medio ambiente y demás objetivos regulatorios"; y lo más novedoso, se establece un "comité conjunto en materia de inversión y servicios".

Finalmente, entre las principales características se pueden destacar las siguientes:

- Se incorpora una definición amplia de "inversión" (empresa, acciones de capital, bonos, derechos de propiedad intelectual, entre otros).

- Se contempla un trato no discriminatorio desde la etapa del preestablecimiento al posestablecimiento.

- Estándares de "trato justo y equitativo", "protección y seguridad plena" y en anexo se define el "derecho internacional consuetudinario".

- Se incluye la "expropiación directa" y la "expropiación indirecta", como así también el entendimiento de ambas en un anexo.

- Se regula en materia de "requisitos de desempeño" y "medidas disconformes".

- Se crea un "comité conjunto en materia de inversión y servicios", un "subcomité de inversión" y un "subcomité de servicios". No se incluyen puntos focales o la figura del ombudsman.

- Se prevé un Sistema de Solución de Controversias Inversor-Estado con reglas arbitrales del convenio CIADI o UNCITRAL, sin mecanismo de apelación para los laudos.

- Se excluyen del Sistema de Solución de Controversias del Protocolo las medidas adoptadas por motivos de "promoción de las inversiones", "responsabilidad social" y "salud, medio ambiente

y otros objetivos regulatorios".

2.2.2. El Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur. Antecedentes

La regulación de la inversión extranjera directa en el Mercosur tiene sus antecedentes en los denominados Protocolo de Colonia (intrazona) y Protocolo de Buenos Aires (extrazona), ambos instrumentos fruto de las políticas públicas de los años 90.

El Protocolo de Colonia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (intrazona) se firmó en 1993 y se incorporó como anexo de la Decisión del Consejo Mercado Común CMC N.º 11/93.

El protocolo mencionado incorporaba la estructura típica de los APPRI, es decir, cuestiones tales como la definición de inversión e inversor extranjero, el otorgamiento de trato nacional a los inversores de la región, la prohibición de medidas que puedan tener efectos similares a la expropiación o nacionalización de empresas, entre otras. Asimismo, el protocolo incluía un capítulo de solución de controversias Inversor-Estado con las reglas arbitrales del CIADI, el cual terminó por constituirse en el corazón del protocolo, generando algunas resistencias hacia el interior del proceso integrador, tanto de los gobiernos como de los especialistas en derecho internacional.

Un año después, en 1994, se suscribe el Protocolo de Buenos Aires para la Promoción y Protección de las Inversiones Respecto de los Estados No Miembros del Mercosur (extrazona), el cual es incorporado como anexo a la Decisión CMC N.º 11/94. Dicho

protocolo perseguía los mismos objetivos que el Protocolo de Colonia, pero aplicado a los capitales de terceros países no miembros del Mercosur. Al igual que el Protocolo de Colonia, incorporaba la estructura típica de los APPRI, pero a diferencia de aquel establecía que un Estado parte del Mercosur no se encuentra obligado a extender a los inversores de terceros países los beneficios derivados de la conformación de la unión aduanera.

A pesar de los esfuerzos realizados para la negociación y suscripción de ambos protocolos, finalmente ninguno de ellos entró en vigor, dejando una vez más en evidencia las diferencias que poseían los Estados partes del Mercosur en relación con la utilidad de los APPRI, en particular como instrumentos jurídicos esenciales para la atracción de las inversiones extranjeras.

2.2.3. El Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (PCFI)

El PCFI fue suscrito en Buenos Aires el 7 de abril de 2017, su texto se incluye como anexo de la Decisión CMC 03/17 y deroga expresamente al Protocolo de Colonia contemplado en la Decisión CMC 11/93.

A diferencia de los APPRI, según lo establece su artículo 26, tendrá una duración indefinida, entrará en vigor 60 días después de la fecha del segundo instrumento de ratificación, podrá ser revisado por los Estados partes y no se considera parte del Tratado de Asunción.

El nuevo instrumento de regulación de las inversiones PCFI sigue el modelo del Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) desarrollado por Brasil a partir de 2015,



el cual privilegia la promoción y cooperación por sobre la protección de las inversiones. El modelo ACFI de Brasil, según el experto José Henrique Vieira Martins (coordinador general de Políticas de Comercio e Inversión del Ministerio de Hacienda de Brasil), coincide con las agendas de desarrollo del G-20 y para su elaboración se tuvieron en cuenta los estudios de organizaciones internacionales tales como la UNCTAD, la OCDE y el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD), entre otros. A través de dicho modelo, Brasil comenzó una nueva etapa en materia de regulación de inversiones, suscribiendo acuerdos ACFI con países africanos (Angola, Malawi y Mozambique) y luego con países de la región (Méjico, Colombia, Chile y Perú). Según el experto Vieira Martins, aunque el nombre y la estructura de los acuerdos suscritos con los países puedan variar levemente, las características principales son las mismas y se basan en el modelo ACFI.

En relación con su estructura, el PCFI se divide en cinco partes. La parte I, “Ámbito de aplicación y definiciones”, incorpora artículos sobre objeto, ámbito de aplicación y definiciones. La parte II, “Disposiciones de Trato y Medidas de Regulación”, regula sobre trato (excluyendo el famoso estándar de trato justo y equitativo), no discriminación, expropiación directa, compensación por pérdidas, transparencia y transferencias, medidas tributarias, medidas prudentiales, excepciones de seguridad, obligaciones de los inversionistas, responsabilidad social empresarial, medidas sobre inversiones y lucha contra la corrupción y legalidad, y finalmente disposiciones sobre inversiones y medio ambiente,

asuntos laborales y salud. La parte III, “Gobernanza institucional y prevención de controversias”, establece disposiciones sobre administración del protocolo, puntos focales u ombudsmen, intercambio de información, interacción con el sector privado, cooperación entre organismos de promoción de inversiones, procedimiento de prevención de controversias y solución de controversias entre los Estados partes. La parte IV, “Agenda para cooperación y facilitación de las inversiones”, y finalmente la parte V, “Disposiciones finales”, donde se establecen disposiciones relativas a entrada en vigor, denuncia, revisión, modificación y depósito. Entre las principales características, podemos mencionar las siguientes:

- La definición de inversión cubre las inversiones directas, pero excluye las inver-

siones de portafolio o de cartera.

- En relación a los estándares de trato, excluye los estándares de “trato justo y equitativo”, “protección y seguridad plena” y la fase de preestablecimiento.
- En materia de expropiación, permite solo la “expropiación directa” y excluye expresamente la “expropiación indirecta”.
- Preserva la autonomía regulatoria de los Estados partes en materia de medio ambiente, asuntos labores y salud.
- En relación a la gobernanza institucional, crea una comisión integrada por los representantes de los Estados partes para supervisar la aplicación y ejecución del protocolo. Asimismo, designa en cada Estado un punto focal u ombudsman designado para apoyar a los inversionistas de otros Estados en su territorio.

- En materia de controversias, establece un procedimiento de “prevención de las controversias” Estado-Estado. Si no existe una solución, entonces habilita a iniciar los procedimientos y mecanismos de solución de controversias vigentes en el Mercosur. Es decir, no contempla en ningún caso un sistema arbitral Inversor-Estado y tampoco reglas arbitrales tales como el CADI o UNCITRAL. Por otra parte, excluye de la solución de controversias las medidas adoptadas por los Estados partes en materia de responsabilidad social empresarial, lucha contra la corrupción, medio ambiente, salud y asuntos laborales. Por último, establece una opción de foro, no permitiendo recurrir a procedimientos arbitrales establecidos en otros acuerdos de controversias en inversión cuando la controversia fue sometida previamente al sistema del PCFI.

3. ¿Existe espacio para una convergencia regulatoria en la región? Desde el Plan de Acción de Puerto Vallarta y Mercosur hasta la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)

El 24 de julio de 2018, a través de la Declaración Presidencial de los Países de la Alianza del Pacífico y del Mercosur, se acordó el Plan de Acción de Puerto Vallarta, cuya finalidad es complementar y ampliar la hoja de ruta existente entre los países de ambos agrupamientos.

En materia de inversiones, el Plan de Acción incluye la temática “Facilitación de inversión”. Para implementar dicho objetivo, insta a los países a llevar a cabo las siguientes acciones:

- Definir acciones de cooperación.
- Identificar barreras y oportunidades en materia de inversión y acceso a mercados.
- Realizar seminarios de expertos sobre facilitación de inversiones, con participación del sector privado, para intercambiar información sobre los regímenes de cada país, acuerdos de facilitación de inversiones de los países de ambos agrupamientos y el tratamiento internacional del tema. La hoja de ruta acordada por los ministros de relaciones exteriores y comercio en el año 2017 y el Plan de Acción de Puerto Vallarta de 2018 constituyen sin lugar a duda señales claras de una voluntad política orientada a ampliar el diálogo con el fin de profundizar las relaciones comerciales, las inversiones y la cooperación.

Tal como lo afirma la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en su estudio del 2018, a pesar de los distintos enfoques históricos sobre la pro-

tección de la inversión, el Mercosur y la Alianza del Pacífico podrían converger en torno a una agenda de beneficio mutuo en materia de facilitación de las inversiones. Así lo evidencia la disposición de los cuatro miembros de la Alianza del Pacífico para suscribir ACFI con Brasil y dejar a un lado los APPRI tradicionales de los años 90.

Es decir, todo parecería indicar que existe un espacio para la convergencia en materia de facilitación de las inversiones y, por lo tanto, las acciones desarrolladas a favor de la convergencia entre la Alianza del Pacífico y el Mercosur podrían convertirse en el kick off para avanzar hacia un modelo de acuerdo común en la región.

En un importante estudio para la CEPAL (Herreros & García, 2017), se expresa que el Protocolo de la Alianza del Pacífico y el modelo ACFI cuentan con varios elementos en común y dichos elementos proporcionan una buena línea de base para un ejercicio de convergencia. A su vez, las diferencias existentes en algunos casos podrían superarse tomando como ejemplo los resultados negociados en los ACFI suscritos por Brasil con Chile, Colombia, Méjico y el Acuerdo de Profundización Económico-Comercial firmado con Perú.

Sin embargo, las diferencias se tornan más complejas cuando se analizan los mecanismos de solución de controversias, dado que el Protocolo de la Alianza del Pacífico incluye el estándar de la “expropiación indirecta” y el “arbitraje Inversor-Estado”, cuestiones difíciles de aceptar para el nuevo modelo ACFI de Brasil y el PCFI del Mercosur.

De todas formas, con lo acordado



Disposiciones contenidas en ambos acuerdos		Disposiciones contenidas en un solo acuerdo
Con un contenido o alcance diferente	Con un contenido y alcance similar	Protocolo de la Alianza del Pacífico
Trato nacional	Compensación por pérdidas	Nivel mínimo de trato
Nación más favorecida	Responsabilidad social corporativa	Requisitos de desempeño
Expropiación	Promoción/facilitación de las inversiones	Denegación de beneficios
Transferencias	Medidas para la protección del medio ambiente, asuntos laborales y salud Medidas para combatir la corrupción e ilegalidad Excepciones por seguridad Medidas prudenciales Medidas fiscales Transparencia/consultas a partes interesadas	Altos ejecutivos y juntas directivas Formalidades especiales y requisitos de información

Fuente: Herreros & García, 2017.

Finalmente, es importante destacar que varias de las acciones contempladas en la hoja de ruta y en el Plan de Acción de Puerto Vallarta en materia de facilitación de inversiones podrían implementarse y perfeccionarse a través de la suscripción de acuerdos en el marco de la ALADI, dado que todos los países que integran la Alianza del Pacífico y el Mercosur son países miembros de la ALADI.

La ALADI actualmente la integran Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Cuba, Ecuador, México, Panamá, Perú, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Es uno de los organismos de integración más antiguos y de mayor representatividad en América Latina.

A su vez, el Tratado de Montevideo 1980 (TM80), que instituye la ALADI, tiene como objetivo a largo plazo el

establecimiento de forma gradual y progresiva de un mercado común latinoamericano. Para el cumplimiento de dicho objetivo, los países miembros establecen un área de preferencias económicas, compuesta por una preferencia arancelaria regional (PAR), por acuerdos de alcance regional (AAR) y acuerdos de alcance parcial (AAP), respetando el principio de “convergencia” que se traduce en la multilateralización progresiva de los AAP.

Los AAP (artículo 7 y la ALALC/CM/resolución 2) son instrumentos en los cuales no participa la totalidad de los países miembros; los derechos y obligaciones establecidos rigen exclusivamente para los firmantes o adherentes, y deben estar abiertos a la adhesión. Dentro de sus categorías, encontramos los AAP comerciales, de complementación económica y de promoción de comercio.

Tal como se expresa en la Declaración de Puerto Vallarta, “en vista de la oportunidad que presenta la actual coyuntura para ser más competitivos en el comercio global y más atractivos para la inversión extranjera como motores de nuestras economías”, sería importante dar un paso más allá en la convergencia hacia un modelo de acuerdo de facilitación de inversiones. En dicha situación, el acuerdo podría registrarse ALADI como un AAP de promoción de comercio (referido a materias no arancelarias) y estar abierto a la adhesión, para que otros países miembros que no pertenezcan a los esquemas de la Alianza del Pacífico o del Mercosur puedan adherirse sin inconvenientes.

En opinión de la CEPAL (2018, p. 10), esta alternativa ofrece una doble ventaja: en primer lugar, aprovechar y potenciar las estructuras existentes de integración económica regional (red de acuerdos), y en segundo lugar, abrir la posibilidad de que otros miembros de la ALADI y países latinoamericanos se sumen a dichos acuerdos, aumentando el alcance territorial y el impacto económico de la IED.

4. Conclusiones

Tal como sostiene el profesor Sornarajah, “pocas áreas del derecho internacional suscitan tanta controversia como las relacionadas con la regulación de la inversión extranjera” (2010). Dicha afirmación puede ser apreciada a través de las diferentes etapas por las que atravesó la regulación de la IED en la región, hasta llegar en la actualidad a una “era de la reorientación de la red de AII” en la que surgen nuevos modelos alternativos a los tradicionales APPRI,

orientados a privilegiar la promoción y cooperación sobre la protección.

A partir del 2015, con el nuevo modelo de ACFI desarrollado por Brasil, y del 2018 con la adopción del Plan de Acción de Puerto Vallarta, nace una nueva oportunidad para los países de América Latina en la coyuntura internacional, con la posibilidad de tornarse más competitivos en el comercio global y más atractivos para la inversión extranjera intra y extraregional.

A pesar de las diferencias regulatorias entre el Protocolo Comercial de la Alianza del Pacífico y el PCFI del Mercosur, subsisten numerosos espacios para promover una convergencia regulatoria, y un hecho que confirma tal afirmación es la suscripción de acuerdos bajo el modelo ACFI entre Brasil, Chile, Colombia, Perú y México.

Por otra parte, la reafirmación del vínculo de cooperación entre la Alianza del Pacífico y el Mercosur en materia de facilitación de inversiones podría servir a otros países como el kick off para dar un paso más allá en el camino de la convergencia regulatoria y centrar los esfuerzos en analizar las vías de acción necesarias para generar un modelo de acuerdo de facilitación de inversiones en la región.

En este sentido, sería de gran utilidad aprovechar y potenciar las estructuras de integración económica existentes tales como la ALADI, su red de acuerdos y las disposiciones del TM80 favorables a la convergencia y la multilateralización progresiva de los acuerdos de alcance parcial.

Sin lugar a dudas, los acuerdos de alcance parcial, con sus

características y al estar abiertos a la adhesión de otros países miembros y de la región, podrían convertirse en los instrumentos jurídicos más adecuados para incorporar, promover, profundizar y hacer converger un futuro régimen regional en materia de facilitación de las inversiones, un tema que se encuentra como prioritario en la agenda de integración política y comercial de los países de la región.

Referencias

Bas Vilizzio, M. (2018). De la protección a la facilitación de inversiones: análisis particular del arbitraje de inversiones en el Mercosur. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, año 6, 45-67, Asunción.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL, 2018). *La convergencia entre la Alianza del Pacífico y el Mercosur: enfrentando juntos un escenario mundial desafiante* (LC/PUB.2018/10). Santiago.

Hamilton, J., & Grando, M. (2016). O modelo de proteção de investimentos do Brasil: os novos acordos internacionais. *Revista Puentes ICTSD*.

Harten, G. van (2007). *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford University Press.

Herreros, S. & García, T. (2017). *Opciones para la convergencia entre la Alianza del Pacífico y el Mercado Común del Sur (Mercosur): la regulación de la inversión extranjera directa*. Serie Comercio Internacional. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Rozemberg, R. & Gayá, R. (2013). *El Mercosur y la promoción de inversiones*. Buenos Aires: Cámara de Exportadores de la República Argentina (CERA), Instituto de Estrategia Internacional (IEI). Recuperado de www.cera.org.ar.

Rozemberg, R., & Leroux, C. (2010). *Movilidad de factores en el Mercosur. Libre circulación de capitales productivos (IED)*. Buenos Aires: Grupo de Monitoreo Macroeconómico (GMM), Cooperación UE-Mercosur.

Salacuse, J. W., & Sullivan, N. P. (2005). Do BITs really work? An evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain. *Harvard International Law Journal*, 46.

Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment*. Tercera edición. Cambridge University Press.

Vieira Martins, J. (2017). Acuerdos de cooperación y facilitación de inversiones de Brasil y últimos avances. *International Investment Sustainable Development (IISD)*.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD, 2015). *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD, 2017). *World Investment Report 2017: Recent Policy Developments and Key Issues*. Capítulo III.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD, 2018). *International Investment Agreements Issues Note, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017*. Junio.

Christian R. Leroux
Magíster en RR. II. por la Universidad de Bolonia (Italia)
Doctorando en la Pontificia Universidad Católica Argentina

Joel Cordero
Abogado, Consultor en el Departamento de Integración Física y Digital
Secretaría General de la ALADI.



EL PROCESO DE INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS EMPRESAS SOCIALES

Durante mucho tiempo, un gran número de académicos del área de negocios internacionales ha estudiado la expansión al extranjero de las empresas comerciales, las cuales tienen como fin maximizar ganancias. Sin embargo, no todas las organizaciones operan con la misma razón de ser; un claro ejemplo son las empresas sociales, que tienen como principal objetivo crear valor social. Esta definición no implica que ellas no necesiten asegurar la viabilidad financiera del negocio, pero sí que las variables por considerar al momento de internacionalizarse sean distintas. De esta premisa se

originó mi pregunta de tesis: ¿cómo y por qué las empresas sociales se internacionalizan, dado que tienen una motivación diferente a las empresas comerciales?

La literatura convencional de negocios internacionales fue la base para construir un marco teórico que explicase esta interrogante, en especial el influyente modelo del proceso de internacionalización de las empresas Uppsala creado por Johanson y Vahlne en 1977.

A pesar de su trascendencia y extensión, las teorías de internacionalización no podían ser aplicadas directamente a los em-

prendimientos sociales debido a su orientación comercial.

En su reporte del 2009, el Global Entrepreneurship Monitor recalcó que es necesario comprender el crecimiento y la expansión internacional de los emprendimientos sociales, ya que este tipo de empresas operan para resolver problemas sociales complejos y persistentes.

Por eso, utilizando un método de investigación cualitativo basado en cinco emprendimientos sociales que operan en Perú y que se han expandido al extranjero, o están en proceso de hacerlo, se llevaron a cabo entrevistas a profundidad a los

miembros de estas organizaciones; lo cual aportó múltiples perspectivas de las diferentes etapas del proceso de internacionalización. El objetivo fue develar cómo deciden ingresar a un mercado extranjero, identificar las capacidades necesarias para este proceso y de qué manera éstas son transferidas.

Lo primero que fue importante precisar es que los emprendimientos sociales tienen una motivación distinta a las empresas comerciales para internacionalizarse; ellas buscan generar un mayor impacto que traspase fronteras. De aquí se desprende uno de los principales hallazgos: cuando se aplican las teorías convencionales de internacionalización de empresas a las empresas sociales debemos incluir las carencias sociales como el principal motor para ingresar a un mercado extranjero. Este último factor se convierte en una oportunidad para la cual se diseña un modelo de negocio sostenible y escalable. Se encontró que las capacidades institucionales definidas por los autores Carney, Dieleman & Taussig (2016) son utilizadas por los emprendimientos sociales internacionales: la innovación del modelo de negocio, el cual asegura que el mismo se adapte a las necesidades locales de cada mercado, y las redes de contacto para establecer relaciones con distintos actores en el país de destino.

Todos estos componentes no cumplirían su función si no se incorpora la visión, que es compartida en toda la organización y por el equipo a cargo de transferir estas capacidades para así crecer en una forma ordenada.

Si bien la distancia institucional —concepto que nace de la importancia de las instituciones y cómo

estas difieren según el país— no es un factor clave para las empresas sociales que se expanden al extranjero, ellas reconocen que aspectos como las normas sociales de cada país son necesarios para adaptar ciertas estrategias. El criterio de selección de un nuevo mercado se basa en dónde se identifica la necesidad más grande en lugar de la demanda, ampliamente buscada por las empresas comerciales. Por este motivo puede que estén más dispuestas a tomar más riesgos, pero sin comprometer su viabilidad.

Finalmente, el modo de entrada en el mercado internacional es una decisión que se mantiene bastante flexible, pero en realidad no se pudo establecer un criterio claro. Este punto resalta la necesidad de más investigación que nos ayude a definir estrategias, modos de entrada específicos y medición del éxito para los emprendimientos sociales, debido a que aún esta es muy limitada. Sobre todo, por el contexto que atraviesan los países en desarrollo, en donde muchas veces las empresas sociales nacen para llenar los vacíos institucionales que los gobiernos no logran cerrar por sí solos.

Referencias

Carney, M., Dieleman, M., & Taussig, M. (2016). How are institutional capabilities transferred across borders? *Journal of World Business*, Elsevier, 51(6), 882-894.

Johanson, J., & Vahlne, J.-E. (1977). The internationalization process of the firm: A model of knowledge development and increasing foreign market commitments. *Journal of International Business Studies*, 8(1) 23-32.

Bosma, N., & Levie, J. (2009). 2009 Global Report. *Global Entrepreneurship Monitor*. Global Entrepreneurship Research Association (GERA).



Carla Rubio Valla
Licenciada en Negocios Internacionales
Universidad de Lima
Master in International Management
King's College London – Chevening Scholarships



PROPIEDAD INTELECTUAL, INCLUSIÓN Y ESTRATEGIAS OFENSIVAS PARA PAÍSES EN DESARROLLO

A contramano de lo que normalmente suele creerse, las disposiciones en materia de propiedad intelectual (PI), en el marco de un acuerdo comercial bilateral o plurilateral, pueden jugar también un rol importante en el área del desarrollo y de la inclusión, y dejar de lado viejas dinámicas de relacionamiento de tipo “norte-sur” para responder a intereses ofensivos de países como el nuestro.

Vinculación de la PI con el comercio internacional

Lo primero a tener en cuenta es que la vinculación de la PI con el comercio internacional es relativamente reciente. A finales del siglo XIX, con la suscripción de los Convenios de París (sobre propiedad industrial) y Berna (sobre derecho de autor), la protección de PI dejó de ser una cuestión doméstica para alcanzar relevancia internacional.

Recién para finales del siglo XX la PI alcanzaría un nivel de protección global con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Adpic), que al superar algunos estándares de los Convenios de París y Berna, se ganó el apelativo de París-Plus y Berna-Plus.

Ya en el siglo XX, bajo una política promovida por los Estados Unidos de América, la PI ha empezado a incluirse en tratados bilaterales a través de los cuales se busca alcanzar mayores niveles de protección que los que concede el Adpic (Adpic-Plus) y que no pueden lograrse en un sistema multilateral en el cual el poder de negociación norteamericano se diluye entre los más de 160 miembros que conforman la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Desde entonces, la tendencia es incrementar los niveles de protección de la PI, salvo circunstancias excepcionales, como en el caso de la negociación del nuevo TPP, cuya versión original fracasó debido al retiro de Estados Unidos, dando pie a la negociación del ahora llamado TPP11, en la cual los once miembros restantes deciden seguir adelante con el TPP original pero negociando la suspensión de una veintena de provisiones, de las cuales once corresponden a exigencias en materia de PI, lo que da cuenta de la relevancia que tiene esta materia en las negociaciones comerciales internacionales.

Cabe anotar que relajar o fortalecer los estándares de protección no puede calificarse como algo positivo o negativo por se. Es un análisis complejo y tiene que ver con una serie de variables.

La primera de ellas está referi-

da a una vieja discusión respecto de dónde debe situarse el punto de equilibrio entre la difusión del conocimiento en la sociedad y la recompensa del innovador.

Otra variable, relevante para efectos de este artículo, surge en el marco de la negociación de un acuerdo comercial internacional, en el cual ciertas concesiones sobre PI podrían parecer excesivas si no son valoradas a la luz de equilibrios más amplios, que consideran igualmente los beneficios que traen a cambio otras materias bajo negociación.

Justamente este último fue el caso del TPP original, en el cual algunos países prefirieron aceptar ciertas exigencias sobre PI consideradas (no siempre con sustento) por diversos actores como desfavorables

para un sector de su población, a cambio de tener acceso al mercado estadounidense. De ahí que cuando este último se retira del acuerdo, se suspenden dichas concesiones en el marco de la negociación del TPP11.

Circunstancia similar se presentó en el caso peruano, con la experiencia del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos (APC Perú-Estados Unidos), que nos llevó a suscribir compromisos Adpic-Plus que a la larga han demostrado ser beneficiosos y desmentir los infundados temores de, en su momento, unos cuantos.

El *plus* en el APC Perú-Estados Unidos se manifestó a través de distintas obligaciones contraídas, cuyo impacto en la legislación nacional fue variado, según el tipo de exigencia. Dicho efecto dependió, en gran medida, de si

es que dichas obligaciones ya estaban previamente contempladas en la normativa comunitaria andina (como la de registrar marcas olfativas o sonoras, o la exigencia de protección mínima de la marca por 10 años), o de si la norma nacional ya superaba los niveles de exigencia del Adpic o de la Comunidad Andina (CAN), para el caso de determinadas normas de tipo “piso” (como la exigencia de protección mínima de los derechos del autor a no menos de 70 años).

También está el caso de determinadas prescripciones que trajeron aparejados mayores niveles de polémica, al no estar consideradas en el Adpic ni en la CAN, por lo que hubo la necesidad de realizar ajustes al ordenamiento jurídico andino (que recordemos tiene el carácter de régimen común frente a terceros). Tales son los casos de la compensación por retrasos irrazonables en la concesión de una patente; los plazos de protección de los datos de prueba; la protección de las señales portadoras de programas, transmitidas por satélite; entre otras.

Primera estrategia ofensiva y de inclusión: biodiversidad y conocimientos tradicionales

Sería injusto no reconocer que el *plus* que se alcanzó en el APC Perú-Estados Unidos, respecto de las exigencias del Adpic, también fue producto de una estrategia ofensiva más amplia del Perú en el marco de la negociación, no solo vinculada, como dijimos, a equilibrios de carácter transversal a todo el acuerdo, sino al propio campo de la PI.

Mientras que los países industrializados buscan ampliar del concepto de patente o extender su



tiempo de protección, países como el nuestro anhelan la protección de la biodiversidad, de los conocimientos tradicionales o la protección del folclor; aspectos que no fueron contemplados en el Adpic.

Se calcula que un porcentaje mayoritario de la población mundial depende de remedios herbolarios tradicionales y que varios miles de especies vegetales presentan potencial para uso medicinal. En ese contexto, algunos estiman que las pérdidas por biopiratería de los países ricos en biodiversidad son mayores incluso que las pérdidas por piratería en otros campos de la PI que sufren los países industrializados.

Las pérdidas por biopiratería responden a que el conocimiento en el manejo de la biodiversidad, que es transmitido de generación en generación, suele ser utilizado sin permiso y sin contraprestación alguna, por parte de representantes de compañías privadas y universidades de países desarrollados (que pueden ahorrar ingentes cantidades de dinero en investigación). Así, en más de una ocasión, especies de plantas nativas del Perú (como ayahuasca, yacón, maca, sacha inchi, tara y otros), sus componentes o aplicaciones han sido patentadas en economías industrializadas (Estados Unidos, Francia, Japón, Taiwán, etcétera), sin que dicha patente haya generado beneficios para las comunidades nativas e indígenas.

De ahí el éxito de haber incluido en el APC Perú-Estados Unidos la obligación de informar a la autoridad respecto del uso de conocimientos colectivos utilizados para el desarrollo de inventos, además de exigir como requisito de patentabilidad la suscripción de un contrato con la



comunidad que brindó el conocimiento (en el cual se debe pactar el pago de regalías), cuya omisión acarrearía la nulidad de la patente. Esto debería contribuir al desarrollo de los pueblos del Perú y fomentar un mayor nivel de inclusión.

Afortunadamente, el APC Perú-Estados Unidos no es una herramienta jurídica aislada. En el año 2004, mientras se iniciaban las negociaciones de ese mismo acuerdo, un grupo de trabajo especial establecido en el marco del Convenio sobre la Diversidad

Biológica (CDB), que se encontraba en vigor desde 1993, recibió el mandato de negociar un régimen internacional sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización.

El resultado de dicha negociación se produjo en el 2010 con el Protocolo de Nagoya. La entrada en vigor de este protocolo sin duda traerá efectos en cualquier negociación futura en el marco de la OMC, particularmente en lo que refiere al Adpic y el Consejo respec-

tivo, siempre a la luz del Principio de Integración Sistémica reconocido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un tratado deberá interpretarse conjuntamente con el contexto y con “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” (art. 31.3.c).

Cabe recordar lo señalado por el entonces director general de la OMC, Pascal Lamy (2006), cuando sostuvo que, si bien el derecho de la OMC es un ordenamiento jurídico integrado y especial, “se articula con los sistemas jurídicos de las demás organizaciones internacionales dentro del orden jurídico internacional”, y tiene en cuenta las demás normas del derecho internacional, sin que medien relaciones de superioridad o jerarquía entre las mismas y el ordenamiento jurídico de la OMC.

En ese marco, cobra relevancia la existencia de acuerdos comunitarios regionales como la Decisión 391, Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos de la CAN; cuyo correlato normativo interno ha sido desarrollado en las leyes N.º 26839 (Ley sobre la Conservación y el Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica), N.º 27811 (Ley que Establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos) y N.º 28216 (Ley de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas).

La última de estas leyes creó una Comisión Nacional Contra la Biopiratería (presidida por el Indecopi) que en más de una ocasión ha intervenido ante las autoridades en otros países para formular oposiciones o solicitar

la nulidad del registro de patentes vinculadas a productos cuya aplicación forma parte de los conocimientos colectivos nacionales.

Para llevar a cabo estas acciones, la Ley N.º 27811 creó un registro de conocimientos colectivos vinculados a recursos biológicos a través de la cual las autoridades extranjeras pueden detectar que determinada invención no cumple con ser *novedosa* (porque ya se encuentra en el estado de la técnica)¹ y, por lo tanto, no cumple con una condición básica exigida por el Adpic para acceder al patentamiento.

En este punto, ¿por qué no pensar en un sistema internacional de linkage entre patentes y conocimientos tradicionales? En otra oportunidad estaremos elaborando un poco más sobre esta idea, no muy distinta en su concepción de algunos intentos de vincular los registros de patentes con los registros sanitarios, a fin de evitar que se otorgue (o se suspenda) la autorización sanitaria de un producto farmacéutico que hace uso de una patente aún en vigencia.

Además de los desarrollos ya citados de la CAN, existen otros procesos en la región que han incorporado dentro de su agenda el tratamiento de estos temas, como la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), que en 2017 presentó a sus países miembros los resultados de sus trabajos sobre:

- La elaboración de un inventario Modelo de Conocimiento Ancestral vinculado a Recursos Genéticos de los países miembros de ALADI.
- La elaboración de un Diagnóstico Acerca del Marco Regulatorio y Prácticas Contractuales en Materia de Distribución de Beneficios Derivados

de la Utilización de Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales de los Países Miembros de ALADI.

Ambas iniciativas, aún sujetas a consideración interna de los países de ALADI, se orientan al mejoramiento de la cooperación en estas materias, pero su objetivo final es apuntar hacia una plataforma regional capaz de asegurar que los beneficios de la utilización de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional sean disfrutados por todos los actores involucrados, que muchas veces incorporan a poblaciones o sectores endémicamente excluidos dentro de nuestras economías. De igual modo, experiencias exitosas y de nuevo cuño como la Alianza del Pacífico deberían también incorporar este tipo de asuntos dentro de su agenda.

Segunda estrategia ofensiva y de inclusión: transferencia de tecnología y construcción de capacidades

Otra línea de acción que podría ser tomada en cuenta dentro de una estrategia ofensiva del uso de la PI para el desarrollo y la inclusión podría pasar por aplicar ciertas disposiciones del Adpic que no han merecido suficiente atención. En particular, nos referimos a los artículos 66.2 y 67 del acuerdo, en virtud de los cuales se pueden lograr acciones concretas respecto de los compromisos de transferencia de tecnología

¹De ahí la bondad de los inventarios o registros del conocimiento ancestral, que permiten superar la barrera erigida por algunas legislaciones (emblemáticamente, la estadounidense) que no reconocen como parte del estado de la técnica a los conocimientos tradicionales transmitidos de manera oral fuera de su territorio, sino únicamente lo que se encuentra documentado.

y construcción de capacidades. El artículo 66.2 no ha encontrado un espacio relevante para su aplicación efectiva, pues nadie comparte gratis su tecnología. Existen algunos estudios que señalan que la implementación de esta prescripción normativa ha sido, cuando menos, insuficiente en diversas áreas. En cambio, el artículo 67 podría ser una oportunidad interesante para acceder a cooperación técnica y financiera a favor de nuestras autoridades nacionales, lo que nos permitiría reorientar el presupuesto de dichas entidades hacia fines de promoción de tecnología. La aplicación de este artículo podría ser, al mismo tiempo, bastante tentadora para los países industrializados, toda vez que les ofrece un mayor fortalecimiento de las normas de PI.

Tercera estrategia ofensiva y de inclusión: indicaciones geográficas de origen regional

Una tercera línea de acción, ciertamente más polémica, atiende al hecho de que algunas expresiones culturales cuentan un gran potencial económico, que muchas veces son compartidas por más de un país, por lo que son igualmente susceptibles de generar estrategias compartidas o conjuntas. Recordemos que, en países como los nuestros, con herencia y pasado comunes, el adiestramiento agrícola milenario es anterior y no conoce de fronteras contemporáneas. Bajo ese esquema, ¿por qué no considerar “camote de los Andes”, “papa del Tahuantinsuyo” o “quinua del Altiplano” como indicaciones geográficas de origen regional? Esta idea, aunque sugerente, no deja de ser política y jurídicamente desafiante; y, además, presenta más dudas que respuestas. ¿Cuál sería el Estado titular de la denominación? ¿Todos los involucrados bajo un

esquema de cotitularidad? ¿Quién declara la denominación de origen?; y, en todo caso, la declaración de uno de los Estados ¿puede tener efectos sobre territorio ajeno? Si la respuesta es negativa, ¿cómo trascender las fronteras para que la denominación tenga alcance regional? ¿Debería suscribirse un tratado especial? ¿Modificar la norma comunitaria y admitir que la declaración sea efectuada por la Secretaría General de la CAN? Asimismo, en lo que respecta a la aplicación de criterios para conceder autorizaciones de uso a los productores que quieren usar la denominación de origen o, para imponer sanciones a quienes la utilizan sin estar autorizados, ¿estarían debidamente armonizados de modo tal que se garantice la homogeneidad del producto por denominar? La autorización de uso concedida por un Estado, ¿podría ser revocada por otro? ¿Debería formarse un Consejo Regulador administrado por todos los países involucrados? Y una vez despejadas estas dudas, desde un punto de vista global, ¿la denominación de origen regional podría acceder al sistema de Lisboa? Recordemos que el Arreglo de Lisboa² alude a un país, o región o localidad de dicho país. Asimismo, dado que el Perú es el único Estado de la CAN que forma parte del acuerdo, ¿una denominación de origen regional podría acceder al sistema o solo alcanzaría a la zona geográfica que le corresponde al Perú?

²El sistema de Lisboa se asienta sobre el Arreglo de Lisboa Relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional (o Arreglo de Lisboa), el cual fue adoptado en 1958 y revisado en Estocolmo en 1967. El tratado está en vigor desde el 25 de septiembre de 1966 y se encuentra bajo la administración de la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que mantiene el Registro Internacional de Denominaciones de Origen. El gran beneficio del tratado es que facilita la protección de las denominaciones de origen en otros países gracias a un único procedimiento de registro. El Perú se adhirió el 16 de febrero de 2005 y entró en vigor el 16 de mayo del mismo año.



Tal vez, el instrumento jurídico internacional que podría servir para solucionar algunos de los asuntos antes planteados sea el Acta de Ginebra del Arreglo de Lisboa relativo a las Denominaciones de Origen y las Indicaciones Geográficas,³ el cual reconoce la posibilidad de presentar una solicitud conjunta en caso la indicación geográfica sea originaria de una zona transfronteriza y conforme al acuerdo que las partes hayan alcanzado.

Sin perjuicio de todos estos aspectos, antes de considerar una agenda externa en esta materia, nuestros países deben satisfacer primero su agenda interna: actualmente, existen ciertas circunstancias que limitan los beneficios de este instrumento de PI aún subutilizado en nuestro medio. Por ejemplo, la falta de vocación asociativa de los productores, la posible interpretación de una nueva norma por la cual para obtener una autorización de uso es necesario formar parte de un consejo regulador,⁴ la debilidad institucional de los consejos reguladores que sí existen, entre otros. Todo esto, sin mencionar ciertos aspectos medioambientales, como el cambio climático, que también pueden afectar la homogeneidad de los productos en el tiempo, en tanto ya no serían capaces

de alcanzar las características técnicas propias de su lugar de origen. Por ejemplo, el maíz blanco gigante del Cusco, eventualmente podría no alcanzar el tamaño que debería según el expediente técnico.



³El Acta de Ginebra (adoptada el 20 de mayo de 2015) autoriza el registro internacional de las indicaciones geográficas (que incluye tanto a las denominaciones de origen como a las indicaciones de procedencia), y permite la adhesión al Arreglo de Lisboa de algunas organizaciones intergubernamentales. El Acta de Ginebra del Arreglo de Lisboa entrará en vigor tres meses después de que cinco partes que reúnan las condiciones estipuladas hayan depositado sus instrumentos de ratificación o adhesión.

César Llona
Docente de la Carrera de
Negocios Internacionales
Universidad de Lima
Maestría en Comercio
Internacional e Integración
Universidad de Montevideo

Alfredo Lindley-Russo
Maestría en Derecho de la
Propiedad Intelectual y de la
Competencia
Pontificia Universidad Católica
del Perú

ALIANZA BLOQUE DEL PACIFICO ECONOMICO

PERU CHILE MEXICO COLOMBIA





Diagramación: Diana Saldaña y Renzo Soria

Revista elaborada por la Carrera de Negocios Internacionales de la Facultad de Ciencias Empresariales y Económicas de la Universidad de Lima