

LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS: EL CASO COLOMBIANO*

TATIANA LÓPEZ-ROMERO**

RESUMEN

El presente documento se refiere a los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y al efecto que tienen sobre la protección de la propiedad intelectual a la que se comprometen sus partes. Expone el caso concreto del TBI celebrado entre Colombia y el Reino de España y analiza cláusulas específicas relacionadas con el tema. Finalmente, concluye que para un país como el nuestro, es decir, un País en Vías de Desarrollo (PVD), resulta más conveniente impulsar el debate y la negociación de la propiedad intelectual en los foros internacionales de la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual (OMPI) o incluso la Comunidad Andina de Naciones, y no en el nivel de las relaciones bilaterales, como sería el caso de los acuerdos de inversión.

Sin embargo, ante la decisión gubernamental de incursionar en la tendencia de los TBIs, también se concluye con una serie de recomendaciones para adecuar el tratamiento de

*Fecha de recepción: 15 de marzo de 2008
Fecha de aceptación: 7 de abril de 2008*

-
- * Artículo de reflexión que elaboró la autora en materia de propiedad intelectual enmarcado dentro su especialidad en dicho tema.
 - ** Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Máster en Propiedad Intelectual, Tecnologías de la Información y Comercio Electrónico, Bond University (Gold Coast, Australia). Actualmente se encuentra vinculada como abogada de Castillo Grau & Asociados. Contacto: tatianalopezr@yahoo.com

la Propiedad Intelectual en el marco de estos tratados, y otras para estar preparados en caso de que se produzcan reclamaciones por parte de los inversionistas cuyos derechos resulten vulnerados.

Palabras clave autor: propiedad intelectual; inversión extranjera; Tratados Bilaterales de inversión; países en vías de desarrollo.

Palabras clave descriptor: derechos de autor; inversión extranjera; países en desarrollo; tratados internacionales; tratados comerciales.

INTELLECTUAL PROPERTY AND THE PROTECTION OF FOREIGN INVESTMENTS: THE COLOMBIAN CASE

ABSTRACT

This document addresses the Bilateral Investment Treaties (BITs) and the effect they have on the protection of the Intellectual Property agreed between both parties. It exposes the specific case of the BIT between Colombia and Spain, analyzing the specific clauses related to the subject. Finally, it concludes that for a country like ours, that is, a Developing Country (DC), it is more convenient to boost debating and negotiating Intellectual Property in the international forums of the World Trade Organization (WTO), World Intellectual Property Organization, or even the Andean Community of Nations rather than bilateral relations, as it happens in investment agreements. However, due to the government's incursion to the BIT trend, this paper also concludes with a series of recommendations to fit the handling of IP in this context, and others, to be prepared in case there are any claims by investors whose rights may result infringed.

Key words author: *Intellectual Property Rights; Foreign Investments; Developing Countries; Bilateral Investment Treaties.*

Key words plus: *Copyright; Foreign Investment; Developing Countries; International Treaties; Developing Countries; Commercial Treaties.*

Sumario: *I. Introducción.- II. Generalidades: breve contexto histórico, modalidades y estructura de los TBIs.- III. La propiedad intelectual en los TBIs.- IV. Colombia, los TBIs y la propiedad intelectual.- Conclusiones.- Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos de propiedad intelectual (DPI) cada día cobran más importancia dentro de las economías de las naciones. Así lo reclama el desarrollo acelerado de industrias como la farmacéutica y la biotecnológica, cuyo éxito recae principalmente en las patentes, el *know how* y la información confidencial. Los Países en Vías de Desarrollo (PVD) son conscientes de esta situación y en consecuencia, se han ido preparando gradualmente para adoptar medidas e instrumentos jurídicos que les permitan hacerle frente.

La comunidad internacional ha sido protagonista activa dentro de este escenario, y ha facilitado a los Estados y en particular a los PVD el avance en dicho proceso de adaptación gradual a las exigencias globales en materia de protección de los DPI. El mejor ejemplo de esta colaboración, sin duda, son los foros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en donde los Estados tienen la oportunidad de exponer sus inquietudes, debatir posiciones e intereses diversos, negociar y adoptar estándares mínimos de protección aceptables. Estos foros tienen un carácter multilateral por definición, que se nutre y enriquece con las diferencias sociales y económicas de los Estados que intervienen en él, y en donde ellos

tienen la posibilidad de aliarse con sus pares para fortalecer sus posiciones y obtener resultados favorables.

Desde hace un tiempo, además, los Estados han acudido a los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs), y han descubierto en ellos un nuevo escenario para debatir la protección de la propiedad intelectual, al punto que hoy en día podría hablarse de una tendencia mundial hacia la suscripción de TBIs contentivos de normas de propiedad intelectual. La inclusión de los DPI dentro del concepto de “inversión” no solamente refuerza la importancia que este tema tiene en la actualidad, sino que además se presta para ampliar el alcance de la obligación de los Estados de proteger la propiedad intelectual, por encima incluso de los estándares mínimos adoptados en los foros internacionales.

Este documento se refiere a los TBI y al efecto que tienen sobre la protección de la propiedad intelectual a la que se comprometen sus partes. Expone el caso concreto del TBI celebrado entre Colombia y el Reino de España y analiza cláusulas específicas relacionadas con el tema. Finalmente, concluye que para un país como el nuestro, es decir, un PVD, resulta más conveniente impulsar el debate y la negociación de la propiedad intelectual en los foros internacionales de la OMC, la OMPI o incluso la Comunidad Andina de Naciones, y no en el plano de las relaciones bilaterales, como sería el caso de los acuerdos de inversión. Sin embargo, ante la decisión gubernamental de incursionar en la tendencia de los TBIs, también se concluye con una serie de recomendaciones para adecuar el tratamiento de la propiedad intelectual en el marco de estos tratados, y otras para estar preparados en caso de que se produzcan reclamaciones por parte de los inversionistas cuyos derechos resulten vulnerados.

II. GENERALIDADES: BREVE CONTEXTO HISTÓRICO, MODALIDADES Y ESTRUCTURA DE LOS TBIS

Desde hace un tiempo el derecho a la inversión extranjera ha tomado fuerza en el contexto internacional y se ha consolidado como una disciplina dentro del derecho económico internacional. Esta consolidación ha tenido lugar gracias a la tendencia mundial

de negociar y suscribir TBIs, instrumentos jurídicos que se han convertido en una garantía para que los inversionistas extranjeros obtengan reparaciones y ajustes regulatorios por parte de los Estados receptores.

La historia de los TBIs se remonta al año 1959 cuando Alemania y Pakistán firmaron el primero de estos tratados. Posteriormente, entre los años de 1990 y 2002, se generalizó la tendencia a celebrar este tipo de tratados, pasando de un total de 446 a 2.181 TBIs en el mundo entero¹.

La utilidad de los TBIs ha cobrado vigencia, principalmente, gracias a la ejecución del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés), y al reciente *boom* de los métodos de solución de disputas contenidos en ellos, por medio de los cuales se han reclamado millonarias indemnizaciones alegando tratos injustos e inequitativos, expropiaciones, etc., por parte de los Estados receptores de la inversión².

Los TBIs se han venido presentando en dos modalidades: como un tratado independiente, dedicado exclusivamente al tema de la inversión extranjera y a su tratamiento en el Estado receptor, y como un capítulo dentro de los Tratados de Libre Comercio (TLC) referido puntualmente a este tema. En esta oportunidad, nos referiremos indistintamente a los unos y a los otros³.

La finalidad de los TBIs es establecer un marco legal de promoción y protección de las inversiones extranjeras en un determinado estado receptor. De manera casi uniforme, estos tratados se estructuran de la siguiente manera: (i) calidad de inversionista (ii); definición y componentes de la inversión; (iii)

1 UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development), disponible en <http://www.unctad.org/templates/webflyer.asp?intItemID=3150&lang=1> última visita 28/02/2008.

2 Véase V. Been & J. Beauvais, *The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine*, 78 *New York University Law Review*, 30 (2003).

3 Para un enfoque histórico del advenimiento de las normas protectoras de inversión dentro de los TLCs véase M. Ewing-Chow, *Investor Protection in Free Trade Agreements: Lessons from North America*, 5 *Singapore Journal of International and Comparative Law*, 748 (2001).

parámetros de admisión o entrada de la inversión al Estado receptor; (iv) tratamiento que le será otorgado a la inversión por parte del Estado receptor, y (v) procedimientos para solucionar las diferencias que se puedan presentar entre el inversionista y el Estado receptor⁴.

El literal (iv) del párrafo anterior contiene uno de los pilares más importantes en este tema, referido a las normas de trato y no-discriminación. Este postulado se basa principalmente en los principios de Trato Nacional (TN), Nación Más Favorecida (NMF) y Trato Justo y Equitativo (TJE), y en la observancia de ciertos parámetros para surtir expropiaciones por motivos de interés público.

En cuanto al literal (v), referido a los mecanismos de solución de diferencias, se han establecido distintos medios para estos propósitos, tales como el Centro Internacional para el Arreglo de Disputas en Materia de Inversión (CIADI) o Convenio de Washington, tribunales *ad hoc* constituidos de conformidad con las normas de la UNCITRAL o tribunales conformados en observancia de las normas de Centro Internacionales de Arbitraje.

Ahora bien, los PVD han participado en la tendencia mundial de suscribir TBIs, aunque sus motivaciones no han sido del todo claras. Casi de manera unánime, se afirma que las razones han sido principalmente diplomáticas y no económicas. Sin embargo, aunque el objetivo fuera exclusivamente atraer la inversión extranjera a sus territorios, se ha llegado a dudar que realmente existiera una relación causal entre la existencia de TBIs y la corriente de inversiones dirigida hacia los PVD⁵.

Por su lado, los Países Desarrollados (PD) ven en los TBIs un instrumento para promover los intereses de sus empresas en los

4 M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Grotius Publications, Cambridge, 1994).

5 South Centre, *La Propiedad Intelectual en los Tratados de Inversión: Repercusiones de tipo ADPIC PLUS para los Países en Desarrollo*, 2005, disponible en http://www.southcentre.org/publications/researchpapers/ResearchPapers8_ES.pdf última visita 20/02/08, y A. Guzmán, *Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*, 38 *Virginia Journal of International Law*, 639 (1998).

mercados de los PVD⁶, en condiciones tan favorables que incluyen la aplicación de principios de trato arriba mencionados. Es cierto, en todo caso, que estos principios se consagran a favor de las dos partes del tratado. Sin embargo, resulta evidente que quienes más provecho obtienen de ellos son los PD, los cuales tienen a cargo un mayor flujo de inversión.

III. LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LOS TBIs

Durante la década de 1980, Estados Unidos desarrolló una estrategia agresiva para optimizar la protección de los DPI de sus nacionales alrededor del mundo: en este sentido, comenzó a incluir disposiciones sobre propiedad intelectual en los TBIs que celebraba con sus socios comerciales; así mismo, impulsó al interior de la OMC la negociación de lo que hoy en día se conoce como el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio - ADPIC⁷. Desde entonces, la tendencia generalizada en el mundo ha sido incluir a los DPI entre los activos económicos que se consideran como inversión.

A pesar del esfuerzo que implicó alcanzar un acuerdo como el ADPIC, en donde se fijaron las reglas de juego en materia de DPI en los países miembros de la OMC, tanto Estados Unidos como los demás PD ven en ellos tan solo el nivel mínimo de protección al que pueden aspirar para los DPI de sus nacionales. Así las cosas, el objetivo que persiguen los PD con la celebración de TBIs en materia de propiedad intelectual es ampliar el nivel de protección de los DPI en los Estados receptores. De esta manera, los TBIs constituyen cada vez más “*una vía alternativa o adicional para*

6 Por ejemplo, la inclinación de Estados Unidos hacia la celebración de los TLC está influenciada por su industria farmacéutica, la cual ve en ellos y en los demás tratados bilaterales el mecanismo indicado para producir cambios en las legislaciones domésticas, mediante el uso de las flexibilidades conferidas por los ADPIC.

7 C. Correa, *Tratados Bilaterales de Inversión: ¿Agentes de normas mundiales nuevas para la protección de los Derechos de Propiedad Intelectual?*, 4 (2004), disponible en http://www.bilaterals.org/article.php3?id_article=580 última visita 28/02/2008.

*potenciar y ampliar la protección y observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual*⁸. Saben los PD que en virtud de las flexibilizaciones que el ADPIC confiere a los PVD, podrían obtener niveles más altos de protección que les resulten más convenientes. En otras palabras, promueven la estandarización de un sistema “ADPIC Plus”⁹.

El acuerdo ADPIC confiere a sus miembros la facultad discrecional de implementar en su legislación doméstica una protección más amplia que la conferida en dicho acuerdo¹⁰, siempre y cuando no infrinja sus disposiciones. Los ADPIC también les permiten determinar si aplican o no ciertos requisitos o criterios, escoger entre algunos de ellos o sencillamente escoger cuándo les conviene aplicarlos. Por ejemplo, los Estados miembros pueden excluir de la patentabilidad a las plantas y los animales¹¹, también pueden escoger si protegen a las obtenciones vegetales por la vía de las patentes, el sistema de variedades vegetales, o un sistema *sui generis* que consista en la combinación del uno y el otro¹². Adicionalmente, y como prerrogativa especial para los PVD y los países menos adelantados, el acuerdo les otorga un plazo más amplio y razonable para implementar los estándares mínimos de protección establecidos¹³.

En este orden de ideas, se entiende por sistema ADPIC Plus:

- Aquel que exige la implementación de criterios más amplios que aquellos consagrados en el ADPIC (p. ej., la exigencia de incluir dentro de la materia patentable a los animales y las plantas);
- Aquel que elimina una opción que el ADPIC le otorgaba a un Estado para actuar ante un tema específico (p. ej., exigir la protección de las obtenciones vegetales por la vía del régimen de variedades vegetales).

8 South Centre, *supra*, nota 5, 4.

9 P. Drahos, *Bilateralism in Intellectual Property*, 4 (2001), disponible en <http://www.maketrade4fair.org/assets/english/bilateralism.pdf> última visita 28/02/2008.

10 Artículo 1 numeral 1 ADPIC.

11 Artículo 27.3.a ADPIC.

12 Artículo 27.3.b ADPIC.

13 Artículos transitorios 65 y 66 ADPIC.

Resulta obvio que los PD pretendan protección ADPIC Plus, y eso lo deben dar por descontado los PVD al momento de iniciar la negociación de un TBI. Lo que resulta criticable de la tendencia de los TBIs es que conlleva la estandarización de estas condiciones, es decir, la implementación uniforme y “en serie” del denominado sistema ADPIC Plus.

La estandarización obedece a la aplicación indiscriminada y absoluta de los principios de TN y NMF a los DPI considerados como inversión. Este último punto ha sido blanco constante de las críticas de los doctrinantes internacionales, quienes consideran preocupante el hecho de que el Estado receptor deba aplicar estos principios a los DPI sin lugar a excusarse en las excepciones¹⁴ consagradas en los instrumentos internacionales de protección de DPI para cada uno de ellos. Los TBIs no hacen referencia a dichas excepciones, ni hacen remisión expresa a las normas que las consagran¹⁵.

La estandarización también resulta del efecto mismo de la “tendencia” en sí misma, es decir, de la cantidad de TBIs que se han celebrado y que los países todavía tienen pendientes por celebrar en sus agendas de comercio exterior. Dentro de este *boom*, los actores se están cruzando y las condiciones ofrecidas a los unos podrían extenderse de manera automática a los otros, sin que necesariamente esto implique que los PVD están en condiciones de hacerlo. Por la vía de la NMF, por ejemplo, los beneficios otorgados a los inversionistas de un PVD *X* se deben extender a los inversionistas de un PVD *Y* con el cual se suscriba un TBI posterior, y estos, sumados a los anteriores, se harán extensivos a los inversionistas del PVD *Z* con el que se suscriba un TBI aún posterior.

No menos preocupante ha sido la inclusión del principio del TJE en el ámbito de la propiedad intelectual mediante TBIs, el cual ha sido deliberadamente excluido de los instrumentos multilaterales sobre el tema. La observancia de este principio les confiere a los inversionistas la facultad de juzgar las políticas y reglamentaciones del Estado

14 Artículos 3.1 (TN) y 4 (NMF) ADPIC.

15 Correa, *supra*, nota 7, 11.

receptor de su inversión¹⁶. En años anteriores, se consideraba que *“la norma justa y equitativa se violaba cuando la conducta del Estado era de naturaleza flagrante y escandalosa, en casos recientes ha sido aplicada para conductas tomadas de buena fe, cuando las expectativas de un inversionista son frustradas por un acto del Estado”*¹⁷. Sin embargo ahora, dentro del contexto de la estandarización, la inclusión de este principio parece *“un esfuerzo por establecer una norma mínima universal respecto de la cual todas las formas de trato puedan medirse y ninguna pueda ser inferior a ella”*¹⁸. Y este TJE que se propone consiste en:

“La obligación de negar el acceso a la justicia en procedimientos penales, civiles o contencioso administrativos, de conformidad con el principio del debido proceso incorporado a cada legislación doméstica;

Protección y seguridad plena que exija el nivel policial requerido por el derecho internacional consuetudinario;

Un trato no discriminatorio con respecto a las medidas adoptadas en relación con las pérdidas sufridas debido a los conflictos armados o contiendas civiles, y

*Restitución y compensación en los casos de requisición o destrucción de las inversiones cubiertas por parte de fuerzas o autoridades del Estado receptor”*¹⁹.

Para resumir, incluir los DPI en la definición de inversión conlleva que los PVD deban brindarles el mismo trato que ofrecen a los inversionistas cobijados por un TBI. Lo que resulta preocupante es que dicho trato excede el trato mínimo al que los PVD se han comprometido en los foros multilaterales, y los PVD podrían no estar en capacidad de hacerlo. Y esta posible incapacidad de afrontar el compromiso les genera el riesgo de que los inversionistas inicien reclamaciones e intenten obtener millonarias indemnizaciones con base en el incumplimiento de sus obligaciones derivadas del tratado²⁰.

16 Correa, *supra*, nota 7, 13.

17 South Centre, *supra*, nota 5, 14.

18 Ibid., 14.

19 Ibid., 14.

20 United Nations Conference on Trade and Development, *Intellectual Property*

IV. COLOMBIA, LOS TBIs Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Colombia no ha sido protagonista de la primera gran ola de los TBIs, sin embargo su agenda de comercio exterior deja claro que planea iniciar una campaña de suscripción de estos tratados. Tampoco ha tomado parte en las disputas sobre inversiones ante el CIADI o algún tribunal *ad hoc* (hasta donde la confidencialidad permite acceder a dicha información).

Durante la década de 1990, Colombia decidió probarse en la negociación y firma de TBIs. El antecedente directo de esta decisión es la celebración del Tratado Comercial Preferencial (TCP) con México y Venezuela, conocido como el G-3. También durante este periodo, firmó TBIs con España, el Reino Unido, Cuba y Perú, pero solamente este último y el G-3 entraron en vigor, pues la Corte Constitucional declaró a los demás parcialmente inconstitucionales. La Corte consideró que estos tratados sobreprotegían al inversionista en caso de expropiación. Para entonces, el artículo 58 de la Constitución Nacional que se refería a la expropiación sin compensación por motivos de equidad estaba vigente. Al revisar los tratados, la Corte los declaró constitucionales salvo por las disposiciones sobre la expropiación. Esta decisión conllevó que los gobiernos del Reino Unido, España y Cuba no ratificaran los tratados ya que la posibilidad de dejar abierta la puerta de la expropiación resultaba desestimulante.

El actual Gobierno, a partir del año 2002, expresó su decisión de aunarse al movimiento de los TBIs y de comenzar a negociar y suscribir estos tratados con algunos países estratégicos. Y es interesante destacar que esto sucede en un momento en donde los países latinoamericanos revalúan su política de protección a las inversiones. Bolivia, por ejemplo, optó por retirarse del CIADI, Ecuador ha venido denunciando TBIs, Venezuela comenzó una ola

Provisions in International Investment Arrangements, 4 (2007), disponible en http://www.unctad.org/sections/dite_pcbb/docs/webiteiia20071_en.pdf última visita: 25/02/2008.

de expropiaciones directas e indirectas y Argentina ha impugnado la jurisdicción arbitral en varios casos.

Aprovechando el acto legislativo que reformó el artículo 58 de la Constitución estableciendo que toda expropiación tendrá indemnización, y los nuevos lineamientos del Consejo Nacional de Política Económica y Social-CONPES para futuras negociaciones de TBIs, se abrieron las puertas a nuevas negociaciones. Entre estas sobresalen las del TLC con Estados Unidos, que incluye un capítulo sobre inversión, el TBI entre Colombia y el Reino de España, que se encuentra vigente desde el 27 de noviembre de 2007, y la suscripción de TLCs con Chile y el llamado Triángulo del Norte (Honduras, Guatemala y El Salvador), los cuales actualmente cumplen su proceso constitucional de ratificación. Dentro de la agenda de negociación que el CONPES estableció en su sesión 81 se incluyen países como Canadá, México, Reino Unido, Francia y Japón, y el Área de Libre Comercio de Europa (conformada por Suiza, Liechtenstein, Islandia y Noruega), entre otros.

Para efectos de revisar el caso colombiano de la propiedad intelectual en los TBIs, se tendrá como referencia el mencionado TBI Colombo-Español, al ser este el tratado de nueva generación que ya se encuentra vigente y por contener además los temas de propiedad intelectual e inversión más estimulantes y críticos.

El artículo 1 numeral 2 literal d) del TBI define como inversiones:

“todo tipo de activos de carácter económico que hayan sido invertidos por inversionistas de una parte contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con la legislación de esta última, incluyendo en particular: (...) Los Derechos de Propiedad Industrial y Propiedad Intelectual, procedimientos técnicos (know how) y fondo de comercio (good will)” (resaltado fuera de texto).

El alcance de la definición es amplio, pues no solamente incluye modalidades de DPI que requieren del mecanismo del registro para su reconocimiento, como las marcas y las patentes, sino además modalidades que no son protegidas por vía de los sistemas tradicionales pero que por su importancia merecen protección,

como es el caso del *know-how*. Sin embargo, se llama la atención sobre la frase resaltada, ya que ella excluye la posibilidad de que el TBI proteja modalidades de DPI no reconocidas como tales en Colombia, o explícitamente excluidas de protección.

Llama la atención que además de la protección a la que se hizo referencia arriba, es decir, de los DPI como activos económicos, también se adquiere la obligación de proteger a las “*rentas de la inversión*” entendidas como “*los importes producidos por una inversión*”. Es decir, en el caso de los DPI, se entiende que las disposiciones del TBI cubren a las regalías, precios, honorarios, etc. y demás rentas que se produzcan con ocasión de los contratos de licencia, contratos de cesión de derechos, y demás formas de explotación económica de los DPI dentro del Estado receptor, bien se trate de Colombia o España.

Aquí cabe anotar que en los otros tratados que están surtiendo el proceso constitucional de ratificación (Estados Unidos, Chile, Triángulo del Norte), como en aquellos que están en negociación, también se incluyen los DPI en la definición de inversión. Sin embargo, el concepto es menos amplio ya que se limita a los derechos de propiedad industrial e intelectual sin extender la protección al *know-how* y al *good-will* como sucede en el TBI con España.

El artículo 2 establece la obligación del Estado receptor de otorgar un “*trato justo y equitativo*” a las inversiones de la otra parte contratante, que revierta la “*plena protección y seguridad*” de las mismas durante su gestión, mantenimiento, el uso, el disfrute, la venta y la liquidación. Esta disposición queda enmarcada dentro del título “Promoción y admisión de las inversiones”, dejando claro dos cosas principalmente: (i) la observancia del TJE es la forma en que el Estado receptor cumple con la obligación de promocionar las inversiones de la otra parte contratante en su territorio, y (ii) la obligación se hace exigible una vez la inversión haya sido admitida en el Estado receptor de acuerdo con sus normas legales, es decir, con posterioridad a su entrada en el territorio nacional. Esta última parte es consecuente con la tendencia mundial de los TBIs de no establecer disposiciones vinculantes en la etapa previa a la admisión

de la inversión, lo cual excluye de manera afortunada un sustento legal para reclamar TN con respecto a la adquisición de DPI.

El artículo 3 establece la obligación del Estado receptor de observar los principios de TN y NMF. Sin embargo, excluye expresamente la obligación de hacer extensivo tanto a los inversionistas como a las inversiones de la otra parte contratante “*cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de su asociación o participación, actual o futura, en una zona de libre comercio, unión aduanera, económica o monetaria o en cualquier otra forma de organización económica regional o acuerdo internacional de características similares*” (resaltado fuera de texto). Este es precisamente uno de esos casos en los cuales la aplicación de los principios no es absoluta, y la excepción es afortunada en la medida en que no hace extensivos privilegios obtenidos en el marco de otras negociaciones, ciertamente motivadas por otros intereses y obtenidos con base en consideraciones totalmente casuísticas que no sería ventajoso estandarizar.

También se refiere a este principio el artículo 5 que se ocupa de la compensación por pérdidas en caso de guerra, revolución, conflicto armado o cualquier acontecimiento similar dentro del territorio del Estado receptor. En tales casos, los inversionistas tendrán derecho a que se les indemnice de la misma manera que el Estado receptor indemnizaría a sus inversionistas nacionales, o a inversionistas de otra nación por la vía de la NMF.

El tema de la expropiación se toca en el artículo 4, en el cual se contempla la posibilidad de expropiar una inversión de la otra parte contratante solamente por motivos de utilidad pública e interés social, siguiendo el debido proceso establecido por el Estado receptor, sin discriminación y acompañada del pago de una indemnización que sea expedita, apropiada y efectiva. En el mismo artículo, numeral 6, se considera la posibilidad de que el Estado receptor establezca de acuerdo con la ley y por razones de utilidad pública o interés social, un monopolio que prive al inversionista de desarrollar una actividad económica. Esta situación también causa el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

El numeral 7 se refiere concretamente al tema de las licencias obligatorias, para aclarar que la expedición de este tipo de licencias

con arreglo a las disposiciones del ADPIC no es cuestionable bajo los preceptos del artículo. Es decir, no da lugar a la discusión recurrente sobre si las licencias obligatorias son o no son una modalidad de expropiación directa o indirecta.

Para efectos ilustrativos, esta discusión se fundamenta en la limitación de los derechos económicos que el titular de la patente puede obtener de su inversión, aun cuando la licencia obligatoria no tiene el efecto de despojar al titular de su derecho de propiedad sobre la patente, ni mucho menos de transferirlo a terceros. Sin embargo, como el concepto de expropiación está concebido en un sentido muy amplio, los TBIs no solamente se refieren a la expropiación propiamente dicha o *directa*, sino también a la expropiación *indirecta* o *de facto*. Esta última se entiende como las medidas que aunque no toman directamente propiedades de inversión, equivalen a lo mismo, ya sea porque despojan al titular de los atributos del derecho como el uso, el goce, etc. Como la concesión y la explotación de una licencia obligatoria pueden efectivamente limitar los beneficios económicos que el titular obtiene de su patente, hay lugar para interpretar que la licencia obligatoria equivale a una modalidad de expropiación indirecta. Sin embargo, ya queda claro que esta discusión no es aplicable al caso del TBI colombo-español ya que el artículo 4 numeral 7 hábilmente la elimina.

Finalmente, el artículo 10 del Tratado se refiere a los mecanismos de solución de controversias entre una parte contratante e inversionistas de la otra parte contratante. Cuando la controversia se derive de una decisión emitida en un acto administrativo, se exige al inversionista el agotamiento de la vía administrativa para poder elegir entre: (i) recurrir a los tribunales nacionales competentes, o (ii) someterse a un tribunal de arbitraje *ad hoc* establecido de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional, o (iii) someterse al CIADI. La decisión del inversionista es definitiva: una vez decida someterse a una de estas tres opciones, no puede retractarse y volver a elegir (lo que se conoce como *fork in the road*).

El conocimiento y experiencia de los tribunales de arbitraje puede hacerlos más atractivos para los inversionistas españoles

a la hora de seleccionar la autoridad ante la cual buscarán la defensa y cumplimiento de sus derechos; pero lo cierto es que no se puede descartar que los tribunales nacionales tengan que dirimir controversias derivadas del incumplimiento del TBI. Ante esta posibilidad, la Sección Primera del Consejo de Estado tiene el reto de instruirse sobre la materia, particularmente en el tema de nuevas tecnologías, *good will* y *know-how*.

El Tratado es muy reciente y emitir conclusiones sobre su interpretación y aplicación resulta prematuro. Lo que sí se puede decir desde ya sobre el TBI Colombo-Español es que seguramente con base en las experiencias ajenas de TBIs anteriores, se incluyeron salvedades y excepciones muy significativas que podrían prevenir conflictos en el futuro. No obstante, y a pesar de los aciertos a los que se hizo mención, el nivel de protección ofrecido por Colombia para los DPI es muy alto, e impone el reto, a las autoridades nacionales encargadas de la propiedad industrial e intelectual, de prepararse para no adoptar medidas que resulten en conflictos, condenas e indemnizaciones posteriores. Y lo que es más, el reto es permanente y definitivo, porque es un hecho que varios TBIs vienen en camino, algunos todavía están en negociación y otros, tan solo pendientes de ratificación.

CONCLUSIONES

En definitiva, este desarrollo de normas de propiedad intelectual a nivel internacional realza la necesidad de que los PVD tiendan a preferir los foros multilaterales como los escenarios propicios para fijar estándares de protección de los DPI, por encima de los tratados bilaterales en donde la adopción de medidas es casuística y no obedece a verdaderas necesidades e intereses nacionales. En los foros de la OMC y la OMPI los PVD tienen la posibilidad de formar bloques, de manera que sus posiciones e intereses cobren fuerza dentro del juego de las mayorías. Sería un logro verdaderamente significativo que los PVD coordinaran sus agendas de propiedad intelectual y formaran alianzas que propendieran por el establecimiento de medidas realmente favorables y competitivas.

No se debe perder de vista que el objetivo de la propiedad intelectual como régimen legal no es otro que estimular la producción y transmisión de nuevo conocimiento. Los esfuerzos de los PVD deben dirigirse hacia un escenario regulatorio que les permita entrar a participar en el mercado de los DPI y las nuevas tecnologías como vendedores, no solamente como compradores.

Por esta razón los PVD deben tener claras las razones que los impulsan a negociar y suscribir TBIs y a incluir en ellos los DPI como una modalidad de inversión. No deben ser razones estrictamente diplomáticas las que los impulsen a tomar esta decisión, por el contrario, lo ideal es que lo hagan cuando puedan prever la obtención de beneficios claros y demostrables a largo plazo. Esto es complejo en la medida en que no se ha demostrado en ningún caso una relación causal entre la existencia de un TBI y los flujos de inversión extranjera.

Las autoridades nacionales administrativas y contencioso administrativas competentes en materia de propiedad industrial e intelectual deben prepararse para asumir el reto de ofrecer el trato mínimo establecido en los TBIs. Para ello, deben seleccionar personal calificado y conocedor del tema, deben proveerle un entrenamiento constante que lo mantenga informado sobre la nueva normativa, las nuevas tendencias y, sobre todo, los nuevos tratados firmados por el Gobierno. Más aún, se deben tomar las medidas necesarias que lo involucren con los nuevos temas jurídicos, principios y procedimientos de resolución de disputas que vienen de la mano con los instrumentos sobre inversión extranjera. De esta manera no solo se evita la adopción de medidas que puedan derivar en conflictos por la inobservancia del trato mínimo ofrecido en el TBI, sino además se le prepara para reaccionar en caso que dicho conflicto se presente.

Los años venideros serán increíblemente constructivos para el desarrollo de la propiedad intelectual desde una perspectiva internacional. Colombia, al haber entrado en la ola de los TBI ha dado también el salto hacia una nueva protección de los DPI de los nacionales de aquellos socios comerciales e inversión. La prudencia, la adecuada observación y la pericia en la negociación y el manejo

alternativo de solución de diferencias serán cartas necesarias para evitar efectos no deseados y lograr así la verdadera promoción de inversiones provechosas para el país.

BIBLIOGRAFÍA

- Been, V. & J. Beauvais, *The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine*, 78 *New York University Law Review*, 30 (2003).
- Correa, C., *Tratados Bilaterales de Inversión: ¿Agentes de normas mundiales nuevas para la protección de los derechos de propiedad intelectual?* (2004), disponible en http://www.bilaterals.org/article.php?id_article=580
- Drahos, P., *Bilateralism in Intellectual Property* (2001), disponible en <http://www.maketradefair.org/assets/english/bilateralism.pdf>
- Ewing-Chow, M., *Investor Protection in Free Trade Agreements: Lessons from North America*, 5 *Singapore Journal of International and Comparative Law*, 748 (2001).
- Guzmán, A., *Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*, 38 *Virginia Journal of International Law*, 639 (1998).
- Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge, Grotius Publications, 1994).
- United Nations Conference on Trade and Development, *Intellectual Property Provisions in International Investment Arrangements* (2007), disponible en http://www.unctad.org/sections/dite_pcbb/docs/webiteia20071_en.pdf