

CONTRATOS DE BIOPROSPECCIÓN

Por: **Félix Moreno Posada**

Ingeniero civil. Consultor en negociación y transferencia de tecnología



Este artículo se centra sobre algunas recomendaciones para negociar contratos de bioprospección. No se refiere a todas las posibles cláusulas de un contrato, sino a las más estructurales y se centra en algunas consideraciones de política de biodiversidad, con el propósito de mejorar la capacidad negociadora del país.

CONSIDERACIONES DE POLÍTICA

1. Para los países en desarrollo el costo de mantener preservada la biodiversidad será considerablemente mayor que los beneficios que se reciban de empresas de países desarrollados, por el uso de esa biodiversidad. La invocación a preservar la biodiversidad será letra muerta, pues los países atrasados no tienen los recursos financieros necesarios para la preservación. Si algunos de ellos lo hacen será subsidiando el uso que de esa biodiversidad harán los países desarrollados. El resultado más probable será la destrucción progresiva de la biodiversidad, en perjuicio de sus usos futuros. Costa Rica ha sido el país líder en el mundo en atraer las simpatías de instituciones públicas y privadas, para que colaboren en preservar su biodiversidad. Pero así como no hay lugar para muchos tigres asiáticos en el mundo, tampoco lo hay para muchas Costa Ricas. Especialmente Colombia tiene poco atractivo para conseguir colaboración extranjera para la preservación de su biodiversidad, por su guerra interna. Esto hace muy difícil la atracción de bioprospectadores, aun cuando seamos terceros en el mundo en riqueza genética.
2. Los beneficios derivados de la explotación de la biodiversidad deben dirigirse a las instituciones que se encargarán de su protección y a las comunidades que residen en las áreas autorizadas para hacer bioprospección. Si estas comunidades no reciben apoyos tangibles de las empresas bioprospectadoras, se pondrá en peligro la preservación.
3. No es razonable esperar que los países en desarrollo dediquen fondos de capital de riesgo a la bioprospección. Su pobreza y escaso desarrollo tecnológico, aunado a las pocas probabilidades de encontrar fármacos, necesariamente dejan a los países en desarrollo en la condición de otorgadores de licencias o concesiones a empresas transnacionales. Sin embargo, la óptica es distinta cuando se trata de fitofármacos o productos medicinales naturales, que no tienen que pasar por el costoso proceso de tamizado y pruebas preclínicas y clínicas. Lo mismo podría decirse del aprovechamiento de la biodiversidad para productos agrícolas o industriales.
4. José de Souza Silva (en su artículo "De las plantas medicinales a los productos farmacéuticos naturales", incluido en el libro "Biodiversidad, Biotecnología y Desarrollo Sostenible en Salud y Agricultura: Conexiones Emergentes", Organización Panamericana de la Salud, Washington, 1996) afirma que si los países en desarrollo siguen el modelo del Inbio de Costa Rica, proveerán a los países desarrollados de los recursos genéticos que les faltan, pero no lograrán el desarrollo tecnológico para aprovechar

esos recursos genéticos. En el intercambio de alta tecnología por recursos genéticos es muy probable que los del norte consigan estos recursos y nosotros no logremos dominar las modernas tecnologías de bioprospección.

5. Las actuales normas de propiedad industrial no permiten que una comunidad indígena o rural sea coautora de una patente de un fármaco logrado por bioprospección. Es necesario emprender un movimiento internacional para permitir este reconocimiento en la ley de patentes, de modo que las comunidades locales no sólo sean reconocidas como coautores, sino también como copropietarios de un producto que fue obtenido rastreando los conocimientos de la medicina empírica, que poseen estas comunidades.
6. A pesar de la escasez de recursos financieros que los países en desarrollo tienen para dedicarle a la explotación de la biodiversidad, los contratos que se firmen con las empresas transnacionales deben, en la medida de lo posible, borrar el tinte colonialista que tienen los simples contratos de extracción.
7. Estos contratos deben asemejarse a lo que en minería y petróleo se llaman *contratos de concesión moderna*, en los que el gobierno local o alguna entidad que lo represente, logra que el valor agregado en el país a la bioprospección sea considerablemente más alto.
8. Si el país fuera un paso más adelante y se decidiera por un *joint venture*, debería evitar la figura del “*sleeping partner*”, que ha caracterizado al contrato de El Cerrejón o a los contratos de asociación de Ecopetrol, en los que el socio nacional se considera a sí mismo un incapaz permanente para operar el proyecto. Es preferible un contrato de concesión moderna a uno de *joint venture* con socio nacional dormido.
9. Un grupo completo de bioprospección debería incluir, en esta década, cuando es aún incipiente el dominio de las tecnologías de bioprospección por parte de nuestro país, las siguientes entidades:
 - Una transnacional, que haga las etapas finales del proceso (pruebas clínicas)
 - Una universidad extranjera prestigiosa, que balancee las opiniones de la transnacional, y que tenga objetivos científicos y no meramente económicos
 - Una universidad nacional de prestigio, que sea el receptor principal de la tecnología
 - Una empresa nacional, ojalá mixta o privada, que no se limite a observar la decisión de la empresa transnacional.
10. En el esquema anterior ¿dónde está el Gobierno? El Gobierno debe ser representado por un instituto semejante al Inbio de Costa Rica, que sea el encargado de proteger la biodiversidad. No tengo conocimiento

suficiente para decir si alguna división del Ministerio del Ambiente tiene la capacidad para cumplir esta función. A primera vista parecería preferible que una entidad dependiente del Ministerio, pero totalmente concentrada en esta función, fuese el guardián de la biodiversidad nacional. Un instituto de esas características sería el encargado de otorgar las concesiones, bajo la vigilancia del Minambiente.

11. ¿Es prematura la creación de un Inbio colombiano? Durante los primeros contratos ¿debería seguir el Minambiente acumulando estas experiencias de negociación para después crear el “Ecopetrol de la Biodiversidad”? Aquí me limito a plantear las preguntas que muestran las posibles opciones futuras. Ya dirán los ambientalistas el camino más adecuado para el momento presente.

SUGERENCIAS SOBRE LOS CONTRATOS DE BIOPROSPECCIÓN

Objetivos de un contrato de bioprospección

Estos objetivos deberían ser los siguientes:

- La protección de la biodiversidad, la reproducción de especies promisorias y la formación de bancos de germoplasma
- El reconocimiento, la remuneración y la participación en la propiedad industrial de las comunidades que habitan las regiones bioexploradas.

- La transferencia real de las tecnologías de bioprospección a instituciones científicas nacionales y las comunidades y el correspondiente entrenamiento de científicos colombianos, tanto en el país como en el exterior.
- El mejoramiento en el nivel de vida de las comunidades y la modernización y el impulso de las economías de las zonas rurales bioexploradas.
- Ingresos monetarios netos positivos para el país, como resultado de la bioprospección.

No confidencialidad de los contratos

Los contratos de bioprospección deben ser de dominio público, pues los comentarios, sugerencias o críticas hechos por los distintos estamentos servirán para mejorar substancialmente los contratos. Al hacerlos públicos se corre el riesgo de que la empresa extranjera no acepte tal apertura. Es preferible dejar que tal empresa se vaya y no repetir setenta años después, la triste historia de la negociación de nuestro petróleo. Una mayor transparencia llevará a contratos más favorables para el interés nacional.

Áreas otorgadas y exclusividad sobre ellas

En bioprospección se deben evitar las llamadas “áreas de engorde” que existen en los contratos de minería y petróleo, áreas que no se exploran y que se dejan como reserva para eventualidades futu-

ras. En bioprospección las áreas se podrían otorgar con las siguientes características:

- Áreas que puedan ser exploradas completamente en un periodo de tres años y acotando el tamaño total a un máximo de hectáreas continuas (por ejemplo un millón de hectáreas por concesión, lo que daría un máximo de 138 concesiones, si estuviera el país totalmente concedido). Si las concesiones fueran discontinuas nos prestaríamos a que las empresas transnacionales hicieran el “descreme” que hacen en minería o en petróleo, llevándose lo más “pulpito” y a veces dañando el área otorgada.
- La exclusividad sobre el área otorgada no debería ser mayor de tres años, al cabo de los cuales cualquier otra empresa podría obtener concesión sobre tal área
- Un área podría ser ocupada por varios concesionarios, si cada uno está buscando algo diferente. Por ejemplo, un concesionario puede estar buscando substancias para combatir el sida y el cáncer; otro puede estar interesado en productos industriales, etc. De donde se deduce que una mayor contribución a la preservación podría darse si hubiera varios concesionarios en la misma área, pues todos ellos estarían haciendo contribuciones, según sus respectivos contratos. Habría que pedirle a especialistas que clasificaran las distintas formas de bioprospección, distinguiendo entre usos farmacológicos (y entre éstos para varias clases de

enfermedades), industriales, alimenticios, etc.

Pagos por bioprospección

Un contrato de bioprospección debe contemplar todos o algunos de los siguientes pagos:

- Pago inicial para garantizar la seriedad del contrato. (Un porcentaje del costo total promedio de una bioprospección en el área asignada)
- Canon superficiario anual por hectárea y por cada año que dure la concesión.
- Pago por cada muestra extraída.
- Pago por cada extracto logrado.
- Regalías de tasa fija o variable sobre las ventas netas de los productos elaborados como resultado de la bioprospección.
- Ingresos extras en participación, concepto semejante a ganancias extra-normales de los contratos petroleros. Aunque es poco probable su aparición, es conveniente tener este rubro en el listado de posibles beneficios a recibir por el país biodiverso.

La principal destinación de estos pagos debe ser la preservación de la biodiversidad en la zona que los produce; la segunda prioridad debe ser la preservación de la biodiversidad en otras zonas amenazadas y la tercera prioridad debe ser el mejoramiento económico y social de las comunidades que habitan estas zonas. *La biodiversidad no es el oro verde*. No es de esperarse que se pueda crear un Fondo de Regalías, como los que

existen en petróleo y carbón. Una norma básica de política sería la de reinvertir todos los recursos generados por la explotación de la biodiversidad en las prioridades mencionadas antes. Una política estatal con esta orientación posiblemente atraerá el interés de instituciones ecologistas de los países desarrollados.

Beneficios para las comunidades

El mayor beneficio para las comunidades rurales ubicadas en las zonas biodiversas es que los integren como protagonistas de primera clase a los proyectos de bioprospección.

¿Qué significa esto? Algunos de los siguientes roles:

- Ser co-decidores de la factibilidad de los proyectos antes de lanzarlos. Considerarlos como socios de un *joint venture*, aun cuando no aporten capital. Con una óptica de participación es mucho más probable que las comunidades pongan su “*know how*” ancestral al servicio de la bioprospección.

Darles entrenamiento doble: socializar el conocimiento de los shamanes en algo como lo que en Surinam se llama “*aprendiz de shaman*”. Al mismo tiempo, aunque no necesariamente con las mismas personas, darles entrenamiento en métodos científicos de bioprospección.

- Reformar las normas sobre patentes para que las comunidades, representadas en una persona jurídica, puedan ser co-

propietarios y coautores de las patentes que se obtengan.

Actualmente el reconocimiento de la autoría o el derecho de propiedad quedan librados a la buena voluntad de la empresa patentadora. Es posible incluir en el contrato cláusulas que no dejen este asunto tan librado a la voluntad del socio extranjero.

Eliminación de cláusulas restrictivas

Es muy probable que una empresa farmacéutica o biotecnológica interesada en la biodiversidad de Colombia decida entrar al país en asociación con un socio nacional, que le limpie el camino de obstáculos y le consiga todos los permisos burocráticos necesarios para comenzar a operar. Una decisión importante por parte del Gobierno es no permitir que ese socio nacional sea de papel, porque tal apariencia de sociedad burla todos los propósitos de lograr una verdadera transferencia de tecnología. Para ese posible *joint venture* es necesario crear ciertas reglas de juego, en la medida en que lo permitan los principios neoliberales, que por ahora estamos profesando. Tales reglas de juego, consistentes en la eliminación de cláusulas restrictivas, existen en la legislación antimonopolio de los Estados Unidos.

Las cláusulas restrictivas más frecuentes son:

- Prohibición al socio nacional para que adquiera tecnología de otras fuentes.
- Prohibición al socio nacional para que realice I+D
- Obligación del socio nacional

de ceder gratuitamente las mejoras que le haga a la tecnología recibida del socio extranjero a éste.

- Prohibición al socio nacional para que adquiera equipos y materias primas de otras fuentes distintas al socio extranjero.
- Prohibición al socio nacional para vender sus productos (extractos, muestras; etc.) a otros potenciales compradores.
- Fijación de precios de los productos del socio nacional por parte del socio extranjero.
- Todas aquellas cláusulas que tienden a disminuir, restringir o anular el poder de decisión del socio nacional en beneficio del socio extranjero, como quórum calificado por éste en las asambleas o juntas directivas o restringir la participación del nacional en los puestos claves de gerencia.

Cláusulas de cierre

Otras cláusulas que debe evitar el socio nacional en un acuerdo de bioprospección son las de cierre sesgadas, como las siguientes:

- Los conflictos se resolverán aplicando la legislación del país del socio extranjero.
- Los tribunales estarán ubicados en el país del socio extranjero.
- El idioma oficial del contrato será el hablado en el país del socio extranjero.
- El derecho a cesión del contrato es irrestricto por parte del socio extranjero.&