

La Tercera Parte Beneficiaria según el Acuerdo Normalizado de Transferencia de Material¹

Gerald Moore²

La tercera parte beneficiaria es un concepto innovador introducido en el acuerdo normalizado de transferencia de material (ANTM) para solucionar los problemas de acatamiento que surgen debido al hecho de que los beneficios resultantes del uso de recursos fitogenéticos transferidos bajo el ANTM van al sistema multilateral mismo y no a las partes individuales del ANTM. Este concepto ha sido diseñado para enfrentar problemas especiales que surgen de la naturaleza multilateral del ANTM, pero además responde a una necesidad más honda de los países en vías de desarrollo, los cuales exigen un mecanismo institucional que garantice el acatamiento de las obligaciones del ANTM.



Foto: J. Chertfas/Bioversity.

¹ Este texto expresa la opinión del autor y no refleja, necesariamente, el punto de vista de Bioversity International.

² Honorary Fellow, Policy Research and Support Unit. Bioversity International. Via dei Tre Denari de, 472/a. 00057 Maccarese (Fiumicino). Roma – Italia. Correo electrónico: g.moore@cgiar.org

Resumen

La noción de “la tercera parte beneficiaria” es uno de los elementos más innovadores del acuerdo normalizado de transferencia de material adoptado por el Órgano Rector del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura en su primera sesión en junio de 2006. Este concepto se desarrolló para tratar las circunstancias especiales del acuerdo normalizado de transferencia de material, mediante el cual los beneficios van al sistema multilateral y no a los proveedores individuales de germoplasma: en este sentido, los intereses a proteger son multilaterales, más que bilaterales. También ayuda a solucionar los problemas que enfrentan los países en vías de desarrollo para hacer cumplir las obligaciones inherentes a los contratos de transferencia de materiales de recursos genéticos. La aplicación del concepto a otros tipos de acuerdos de transferencia de material dependerá de que el interés que resulte de tales acuerdos pueda considerarse multilateral.

Palabras claves: Recursos genéticos; germoplasma; conservación del germoplasma; acuerdos internacionales; seguridad alimentaria; legislación.

Summary

The Third Party Beneficiary under the Standard Material Transfer Agreement. One of the most innovative elements of the standard material transfer agreement adopted by the Governing Body of the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture at its first session in June 2006 is the notion of the third party beneficiary. The concept of the third party beneficiary was developed to deal with the particular circumstances of the standard material transfer agreement, where benefits flow to the multilateral system rather to the individual providers of germplasm: in this sense, the interests to be protected are essentially multilateral rather than bilateral. It also helps to solve the perennial problem faced by developing countries of enforcing obligations under material transfer agreements for genetic resources. Whether the concept can be extended to other types of material transfer agreement will depend on the extent to which interests arising under such agreements can properly be categorized as multilateral.

Keywords: Genetic resources; germplasm; conservation; international agreements; food security; legislation.

Introducción

Al igual que cualquier otro acuerdo de transferencia de material, el acuerdo normalizado de transferencia de material (ANTM) es básicamente un contrato que establece los términos y condiciones bajo las que un material es transferido de un proveedor a un receptor. Si bien las partes de un ANTM podrían ser entidades públicas, el ANTM, como cualquier otro acuerdo de transferencia de materiales (ATM), está sujeto a la legislación de contratos privados en vez de al derecho internacional. Uno de los principios básicos del derecho de los contratos es que un contrato crea derechos y obligaciones sólo entre las partes contratantes: esto se

conoce como el principio de *privity* del Contrato. La diferencia entre el ANTM y un acuerdo de transferencia de material normal es que los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura (RFAA) transferidos mediante un ANTM se consideran como provenientes del sistema multilateral y, en consecuencia, los beneficios van, no al proveedor individual, sino al sistema multilateral, el cual los invierte en los agricultores, particularmente en países en vías de desarrollo, para financiar iniciativas de conservación y uso sostenible de los RFAA. En este sentido, el sistema multilateral es el beneficiario real de las cláusulas sobre reparto de beneficios del ANTM, más que las propias partes

contratantes del ANTM. El ANTM reconoce este hecho nombrando un tercero beneficiario que represente los derechos del sistema multilateral y otorgándole capacidad para iniciar acciones en caso de incumplimiento de los términos y condiciones del ANTM. Al hacer esto, el ANTM también soluciona uno de los problemas más importantes que afectan los acuerdos de acceso y reparto de beneficios en general; a saber: las limitaciones que encuentran las instituciones nacionales para hacer cumplir los términos de este tipo de acuerdos.

Este artículo describe el desarrollo del concepto de la tercera parte beneficiaria durante las negociaciones del ANTM, y revisa su relación

con el Tratado, su tratamiento en la legislación nacional y la manera en la que el concepto se expresa en el ANTM. El artículo presenta además las implicaciones del concepto para los acuerdos de transferencia de recursos genéticos no cubiertos por el Tratado.

Orígenes del concepto en las negociaciones del ANTM

La redacción del borrador del ANTM se realizó en tres fases distintas. En la primera se consideraron los elementos que podrían incluirse en un ANTM; para ello se contó con un Grupo de Expertos que incluía representantes de todas las regiones del mundo. En la segunda se negoció el borrador del ANTM entre los países miembros de la Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO (CRGAA). La fase final fue la negociación del ANTM en la primera sesión del Órgano Rector del Tratado, en junio de 2006, y su aceptación durante la reunión plenaria de clausura.

Fase 1: El Grupo de Expertos

El concepto de la tercera parte beneficiaria se planteó por vez primera durante las discusiones del Grupo de Expertos sobre las Condiciones del Modelo de ANTM en Bruselas, octubre 2004, bajo la acertada coordinación de Lim Eng Siang, de Malasia. Aunque el grupo de expertos decidió adoptar solamente las recomendaciones para avanzar en la redacción del borrador del ANTM, también se anexó una lista de elementos que podrían ser incluidos en el ANTM preliminar y los puntos de vista generales expresados durante la reunión.

Muchos de dichos puntos de vista se referían al hecho de que

los beneficios bajo el ANTM, incluyendo los beneficios monetarios y no monetarios, van a parar al sistema multilateral y no al proveedor individual del material. De acuerdo con esta idea, una de las opiniones expresadas fue que: “terceras partes deberían ser capaces de iniciar acciones legales para la resolución de controversias relacionadas con el ANTM”. Al respecto, el consejero legal de la reunión hizo notar que... “dado que el acuerdo de transferencia de material beneficia a terceras partes a través del sistema multilateral, podría ser ventajoso permitir la representación de dichas terceras partes en los procedimientos de resolución de controversias, lo cual sería más fácil en el arbitraje internacional”. Curiosamente, el Grupo de expertos presentó otra dimensión del concepto de la tercera parte beneficiaria: el control del acatamiento de las cláusulas del ANTM. En el aparte de “Artículos adicionales” que se iba a incluir en el ANTM, se expresaba que debería haber un garante para asegurar que se cumplieran las obligaciones del receptor del material.

Fase 2: El Grupo de Contacto

En la segunda reunión de la CRGAA actuando como comité interino del Tratado, en noviembre de 2004, la CRGAA convino en establecer un Grupo de Contacto para elaborar un borrador del ANTM para ser sometido a la consideración del Órgano Rector (CRGAA 2004b)³. La primera reunión del grupo de contacto tuvo lugar en julio de 2005.

La noción de tercera parte beneficiaria bajo el ANTM y su posible papel para iniciar acciones legales que llevaran a procedimientos de resolución de controversias se exploró más profundamente en un

estudio presentado por la secretaría en la primera sesión del Grupo de Contacto (Moore 2005). El informe hacía notar que muchos de los derechos creados por el ANTM, y en particular los que se refieren al reparto de beneficios, eran de hecho derechos de una tercera parte beneficiaria, y dirigía su atención hacia posibles mecanismos que garantizaran su derecho a iniciar acciones para la solución de controversias como tercera parte beneficiaria bajo el ANTM. El informe también planteaba la alternativa de que el proveedor de los recursos fitogenéticos se definiera como un agente o representante del sistema multilateral.

Esta última idea fue retomada por el grupo africano en la primera reunión del Grupo de Contacto en Túnez en julio de 2005. El Grupo señaló que los proveedores de RFAA en países en vías de desarrollo no tendrían capacidad o incentivos suficientes para controlar y/o garantizar el cumplimiento de los términos del ANTM por parte de los receptores, dado que los beneficios correspondientes se destinan al sistema multilateral y no a los proveedores de los RFAA. En este sentido, se presentó como una posible solución la idea de que el proveedor actuara como agente del sistema multilateral; así, se tendría también a un garante para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el receptor. Esta idea se presentó al grupo de expertos legales establecido por el Grupo de Contacto. En respuesta al Grupo de Contacto⁴, el grupo legal informó que si bien el concepto de ‘agente’ era compatible con el Tratado, se preveía que el desarrollo de esta idea conllevaría algunas complicaciones legales y de orden práctico⁵. Como respuesta a la

3 Ver los términos de referencia del grupo de contacto en Apéndice C del informe: CGRFA/MIC-2/04/REP en la url: <ftp://ftp.la.fao.org/ag/cgrfa/mic2/m2repe.pdf>

4 Los informes del grupo de expertos legales se presentaron en forma oral por su presidente, aunque se entregaron copias escritas informales a las diferentes regiones.

5 El grupo de expertos legales puntualizó que la propuesta de constituir un agente podría llevar a que la Tercera Parte Beneficiaria se convirtiera en responsable de todas las obligaciones del proveedor, según el Artículo 6 del borrador, lo cual no se pretendía. También hizo notar que la existencia de un agente podría verse como una interferencia en la soberanía de las partes contratantes.

preocupación subyacente expresada por el Grupo Africano, el grupo de expertos legales sugirió la posibilidad de reconocer los derechos de la tercera parte beneficiaria en el ANTM y otorgar poderes a una persona jurídica de modo que fuera capaz de iniciar acciones legales para hacer cumplir esos derechos. Esto se reflejó como una alternativa posible en el ANTM preliminar esbozado por el grupo de contacto⁶.

Entre la primera y la segunda reunión del Grupo de Contacto, la secretaría del Tratado continuó trabajando sobre el concepto de tercera parte beneficiaria; así, para la segunda reunión del Grupo de Contacto, en Suecia en abril de 2006, se presentó un documento informativo más detallado (CRGAA 2006a) que analizaba las bases jurídicas del concepto de la tercera parte beneficiaria en el Tratado, en la legislación nacional y en el borrador del ANTM. El documento planteaba, además, el tema de qué institución podría servir como tercera parte beneficiaria y cómo podría redactarse el borrador para asignarle un papel en el ANTM⁷. En la última sección, el documento consideraba la definición de la tercera parte beneficiaria, sus derechos de iniciar acciones para la solución de controversias, el alcance de los derechos que se protegerían, los derechos de monitoreo, *locus standi* y arbitraje, y sugería la redacción apropiada para reflejar todo ello en el ANTM.

En su segunda reunión, el Grupo de Contacto aceptó incluir el concepto de la tercera parte beneficiaria en el ANTM; las negociaciones se centraron entonces en el alcance de los derechos de esta tercera parte y de su capacidad para vigilar el cumplimiento de las provisiones del ANTM y en el grado de control que ejercería el Órgano Rector. Estos temas, y la cuestión de a qué organismo se conferiría el papel de tercera parte beneficiaria, se dejaron para ser resueltas por el Órgano Rector en su primera sesión en Madrid, junio de 2006 (CRGAA 2006b)⁸.

Fase 3: El Órgano Rector

Las negociaciones sobre el ANTM en la primera sesión del Órgano Rector del Tratado ocuparon gran parte de la reunión. A esas alturas había pocas dudas sobre la necesidad de incluir el concepto de la tercera parte beneficiaria en el ANTM. Al igual que en la segunda sesión del grupo de contacto, las negociaciones se centraron en el alcance de los derechos que se protegerían y de las capacidades de monitoreo de la tercera parte beneficiaria. Al final, se acordó definir de una manera general los derechos que serían protegidos, limitando el monitoreo a la resolución de controversias. Las provisiones del ANTM relacionadas con la tercera parte beneficiaria se describen a continuación.

La tercera parte beneficiaria del Tratado

La expresión “tercera parte beneficiaria” no se encuentra en ningún lugar del Tratado. Sin embargo, la razón de ser de este concepto se encuentra en las disposiciones en las que se basa el sistema multilateral y el ANTM. De acuerdo con el Artículo 12.4 del Tratado, el ANTM debe garantizar el fácil acceso a los materiales. El acuerdo normalizado de transferencia de material se da entre el proveedor y el receptor de RFAA. Sin embargo, los beneficios bajo el ANTM, incluyendo los beneficios monetarios procedentes de la comercialización, no van al proveedor individual sino al sistema multilateral, para el beneficio final de agricultores que conservan y usan en forma sostenible los RFAA alrededor del mundo. Por lo tanto, el Tratado define, en esencia, la naturaleza del sistema multilateral como tercera parte beneficiaria en el ANTM.

El concepto de una tercera parte beneficiaria está, por tanto, implícito en el Tratado. Sin embargo, el Artículo 12.5 del Tratado establece que: “Las partes contratantes garantizarán que se disponga de la oportunidad de presentar un recurso, en consonancia con los requisitos jurídicos aplicables, en virtud de sus sistemas jurídicos, en el caso de controversias contractuales que surjan en el marco de tales Acuerdos de transferencia de material, **recono-**

⁶ “[5.2 Las partes en el presente Acuerdo convienen en que el/la (*persona jurídica que representa al órgano rector*), en cuanto tercera parte beneficiaria, tiene el derecho de vigilar la ejecución del presente Acuerdo y de iniciar procedimientos de solución de controversias de conformidad con el Artículo 9.2, en caso de incumplimiento del presente Acuerdo.

5.3 La vigilancia y los derechos para actuar, mencionados en el Artículo 5.2, incluyen, sin estar limitados a ellos, los derechos a:

a) pedir muestras de cualquier producto al Proveedor y al Receptor, e información relativa a la ejecución de sus obligaciones en virtud de los Artículos 6.1 y 7.1, 7.2, 7.4, 7.5, 7.6, 7.7, 7.10, 7.11 y 7.13, incluidos estados de cuentas;

b) iniciar procedimientos de solución de controversias de conformidad con el Artículo 9 del presente Acuerdo, en caso de violación de las obligaciones mencionadas en el apartado a) *supra*.

5.4 Los derechos concedidos al/a la (*persona jurídica que representa al órgano rector*) *supra* no impiden al Proveedor y al Receptor ejercer sus derechos en virtud del presente Acuerdo.]”

“9.1 Podrán iniciar procedimientos de solución de controversias [solamente] el Proveedor o el Receptor [o una persona debidamente designada para representar los intereses de terceros que sean beneficiarios en el marco del presente Acuerdo][pero quedando entendido que ello no impedirá al órgano rector adoptar las medidas que juzgue oportunas si considera que se ha incumplido el presente Acuerdo].”

⁷ La descripción básica de los conceptos en el Tratado y en la ley nacional que se presentan más adelante se nutre del “documento de información” enviado al grupo de contacto.

⁸ El grupo de contacto adoptó una recomendación solicitando al Órgano Rector establecer los procedimientos de operación necesarios para que la tercera parte beneficiaria ejerciera el papel asignado en el ANTM.

ciendo que las obligaciones que se deriven de tales acuerdos de transferencia de material corresponden exclusivamente a las partes en ellos” (el resaltado es nuestro). La pregunta surge, por lo tanto, respecto a si la última cláusula del Artículo 12.5 de alguna manera impediría interponer una demanda por parte de –o a favor de– una tercera parte beneficiaria.

La respuesta para esta pregunta pareciera ser no. De una interpretación literal, si bien bastante estrecha, de la redacción del Artículo 12.5, la restricción sería aplicable solamente a las “obligaciones” resultantes del ANTM, y no a los “derechos” que surgieran de esos contratos. Esto va en consonancia con los principios generales de la ley contractual, que impide absolutamente la creación de obligaciones sobre quienes no son parte de un contrato, pero que no necesariamente impide la creación de derechos para terceros. También podría argumentarse que en cierto sentido una tercera parte beneficiaria es parte del acuerdo, aunque con capacidad legal diferente a la del proveedor o receptor, y con derechos significativamente más limitados. Ambas interpretaciones estarían en consonancia con los objetivos del Tratado; es decir, el Tratado no puede crear derechos para una tercera parte beneficiaria bajo el ANTM y al mismo tiempo impedir la observancia de esos derechos.

Dado que el concepto de una tercera parte beneficiaria está implícito en el Tratado, y que el mismo

Tratado no excluye la potestad del beneficiario a hacer cumplir sus derechos, lo que queda por determinar es cómo pueden ser ejecutables en la práctica los derechos otorgados a esa tercera parte bajo el ANTM.

Los derechos de la tercera parte beneficiaria en la ley nacional

Bajo los principios comunes de la ley contractual, un contrato obliga solamente a las partes directamente involucradas en el mismo y crea derechos solamente para esas partes; es lo que se conoce como el principio de *privity* del contrato, según el cual un contrato no puede crear obligaciones legales vinculantes para un tercero sin su consentimiento. Sin embargo, las leyes contractuales nacionales en muchos países reconocen cada vez más que hay casos en los que un contrato puede otorgar derechos a un tercero. Un ejemplo es cuando las partes aceptan hacer un obsequio a un tercero, o crean un seguro en el que el beneficiario es un tercero.

Bajo la ley inglesa, por ejemplo, la regla general del derecho consuetudinario era hasta hace poco la del *privity* del contrato, aunque había casos, como los llamados contratos fiduciarios basados en una promesa, o los casos de agencia, en que se reconocían tales derechos (UK Law Commission 1996). En 1999, una nueva legislación aprobada en el Reino Unido reconoció específicamente los derechos de las terceras partes (UK Office of Public Sector Information 1999).

En general, los sistemas nacionales de ley contractual reconocen la posibilidad de hacer valer los derechos de terceras partes como beneficiarios solo cuando la intención de las partes contratantes es crear tales derechos legalmente ejecutables, y cuando estos derechos y el titular legal de estos derechos están definidos claramente en el contrato.

Aunque el alcance del reconocimiento de los derechos de terceros quizás podría no ser completamente claro en todos países, la posibilidad de que un contrato estipule los derechos ejecutables de una tercera parte beneficiaria es expresa e inequívocamente reconocida en los principios de UNIDROIT (2004) sobre contratos mercantiles internacionales⁹. Fue en parte por esta razón que se hizo referencia explícita a los principios de UNIDROIT 2004 en el Artículo 7 de la versión final del ANTM, en relación con la ley aplicable a la resolución de controversias¹⁰.

La tercera parte beneficiaria en el ANTM

Las cláusulas que tratan de la tercera parte beneficiaria, tal como se adoptaron en el ANTM por el Órgano Rector, aparecen en dos lugares distintos en el ANTM. El párrafo 3 del Artículo 4, Provisiones generales, establece que “*Las partes en el presente Acuerdo convienen en que (la entidad designada por el Órgano Rector), en nombre del Órgano Rector del Tratado y su sistema multilateral, es la tercera parte beneficiaria en el marco del presente Acuerdo*”. Los

⁹ Los Principios de Contratos Mercantiles Internacionales fueron adoptados por el Consejo de UNIDROIT en 2004. Estos difieren en varias formas de la versión de 1994; en particular, el reconocimiento de los derechos de la tercera parte. UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) es una organización intergubernamental independiente cuyo propósito es estudiar las necesidades de modernizar, armonizar y coordinar el derecho privado y, en especial, el derecho comercial entre Estados y grupos de Estados. UNIDROIT fue creado en 1926 como un órgano auxiliar de la Liga de las Naciones; después que esta desapareciera, UNIDROIT fue restablecido en 1940 con base en un acuerdo multilateral. En la actualidad, 60 Estados forman parte del Estatuto UNIDROIT. El Consejo de Gobierno de UNIDROIT adoptó por consenso los Principios 2004. Ver url: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf>

¹⁰ El Artículo 7 establece que “*El derecho aplicable será el contenido en los principios generales del derecho, incluidos los principios para los Contratos Mercantiles Internacionales del UNIDROIT, 2004, los objetivos y las disposiciones pertinentes del Tratado, y cuando sean necesarias para la interpretación, las decisiones del Órgano Rector*”. Los Principios Generales de la Ley se escogieron principalmente para evitar las dificultades de decidir entre un cuerpo particular de leyes nacionales, ya fueran de un país determinado, p. ej. Suiza, las leyes del país del proveedor o del receptor, o las del país donde se estableció el ANTM. El Órgano Rector también tuvo en cuenta las dificultades que tendría la FAO, como tercera parte beneficiaria bajo el ANTM y, a la vez, organismo de la ONU, para someterse a algún sistema de leyes nacionales en los procedimientos de arbitraje. Todos los acuerdos en que entre la FAO que tengan una cláusula de escogencia de legislación, suponen los Principios Generales de la Ley como la ley aplicable.

derechos de monitoreo de la utilización del ANTM aparecen en el párrafo 4 del Artículo 4¹¹. Estas provisiones permiten que la tercera parte beneficiaria pueda solicitar la información necesaria a proveedores o receptores sobre temas de los cuales ya se les exigió informar al Órgano Rector¹². Por supuesto, la tercera parte beneficiaria tendrá acceso a la información suministrada al Órgano Rector sobre estos temas; de hecho, el Órgano Rector tiene el mandato expreso de asegurar que la información se transmita a la tercera parte beneficiaria¹³. Lo que el Artículo 4.4 añade es que la tercera parte beneficiaria pueda pedir esa información por derecho propio, y exigirla en casos donde el proveedor o el receptor han desatendido el pedido o se han negado a suministrar la información al Órgano Rector.

A primera vista, los poderes otorgados a la tercera parte beneficiaria podrían parecer algo limitados, pero esto no es así. El Artículo 4 le da de hecho poderes bastante amplios para monitorear el cumplimiento de las obligaciones de las partes bajo el ANTM en general, y en la solución de conflictos en particular. El Artículo 8.3 da a la tercera parte beneficiaria... *“el derecho a solicitar que el proveedor y el receptor pongan a su disposición la información apropiada, incluidas las muestras que sean necesarias, en relación con sus obligaciones en el contexto del presente acuerdo. El proveedor y el receptor deberán suministrar cualesquiera información o muestras así solicitadas, según proceda.”* En realidad, los poderes concedidos a la tercera parte beneficiaria en los párrafos



Foto: IISD Earth Negotiations Bulletin.

Durante las negociaciones, gran parte de la discusión se centró en el grado de dirección que daría el Órgano Rector a la tercera parte beneficiaria para llevar a cabo sus funciones

4.4 y 8.3 son una base legítima para monitorear el acatamiento de las obligaciones de las partes bajo el ANTM. También reflejan el acuerdo al que se llegó en las negociaciones en el Órgano Rector en cuanto a que cualquiera de esos poderes debe buscar, en primera instancia, la resolución de conflictos y en consecuencia, debe ejercerse principalmente en ese contexto.

Como se señaló antes, las capacidades más relevantes de la tercera parte beneficiaria se describen en el Artículo 8 que trata sobre la resolución de disputas. El Artículo 8.1 establece que el arreglo de disputas puede iniciarse por la entidad designada por el Órgano Rector (la tercera parte beneficiaria) actuando en representación del Órgano Rector y su sistema multilateral, por el proveedor o por el receptor. Los derechos que pueden ser protegidos

se definen en forma muy general en el Artículo 8.2: “derechos y obligaciones del proveedor y el receptor bajo este acuerdo” (el ANTM). Los procedimientos de arreglo de disputas que pueden usarse se establecen en el Artículo 8.4 en una escala ascendente, e incluyen la negociación, la mediación a través de una tercera parte neutral mutuamente acordada y el arbitraje. El arbitraje puede establecerse bajo las reglas de arbitraje de un organismo internacional escogido de mutuo acuerdo por las partes en conflicto. Si las partes no logran ponerse de acuerdo, se aplican las reglas de la Cámara Internacional de Comercio como el procedimiento de arbitraje por defecto¹⁴. Las disposiciones sobre el arbitraje permiten que el Órgano Rector presente una lista de expertos, de la cual las partes pueden escoger a su árbitro, o acordar un

¹¹ El Artículo 4.4 establece que: “La tercera parte beneficiaria tiene el derecho a solicitar la información apropiada según lo requerido en los Artículos 5e, 6.5c, 8.3 y en el párrafo 3 del Anexo 2 del presente Acuerdo”

¹² El Artículo 5e del ANTM estipula que el proveedor debe informar sobre los acuerdos de transferencia de material de los que forme parte; el Artículo 6.5c estipula la obligación de informar sobre transferencias de RFAA en desarrollo, y el párrafo 3 del Anexo 2 estipula que el receptor debe notificar las ventas de productos, sus afiliados, contratistas, poseedores de licencias o franquicias, montos adeudados y cualquier otra información que permita identificar restricciones que den lugar a pagos por reparto de los beneficios.

¹³ El Artículo 5e dice: “El Proveedor deberá informar periódicamente al Órgano Rector sobre los acuerdos de transferencia de material suscritos, con arreglo al calendario que establezca el Órgano Rector. El Órgano Rector pondrá esta información a disposición de la tercera parte beneficiaria.”

¹⁴ Las leyes aplicables para el arbitraje serán los Principios Generales de la Ley, que incluyen los Principios Internacionales de Contratos Mercantiles de UNIDROIT 2004, los objetivos y las disposiciones relevantes del Tratado y, cuando sea necesario para su interpretación, la decisión del Órgano Rector (Art. 7).

árbitro único o un árbitro como presidente, según lo que consideren apropiado.

Durante las negociaciones, gran parte de la discusión se centró en el grado de dirección que daría el Órgano Rector a la tercera parte beneficiaria para llevar a cabo sus funciones. Al final se aceptó que este era un tema que debía ser resuelto entre el Órgano Rector y la tercera parte beneficiaria y no entre las partes del ANTM. Como tal, se resolvería por medio de una resolución del Órgano Rector dirigida a la entidad designada como tercera parte beneficiaria y definiendo los límites de su mandato.

Durante las negociaciones entre los países del Órgano Rector hubo reticencia de algunas partes a la hora de nombrar a la entidad que debía desempeñar el papel de tercera parte beneficiaria. En realidad, el Órgano Rector tenía pocas opciones de elección, como ya lo había señalado el grupo de expertos legales en la primera sesión del grupo de contacto en 2005, y el documento informativo sobre el concepto de tercera parte beneficiaria, presentado por la oficina legal de la FAO. Como se señala en ese documento, la tercera parte beneficiaria real es indudablemente el sistema multilateral mismo. Pero ni el sistema multilateral ni el Órgano Rector¹⁵ poseen la personería jurídica necesaria para representar dicho papel. La entidad que se designara para representar los derechos de la tercera parte beneficiaria del sistema multilateral tendría que poseer su propia personería jurídica y la capacidad de tomar acciones legales para proteger esos derechos. En consecuencia, las únicas dos opciones abiertas al

Órgano Rector eran invitar a la FAO a que aceptara esa responsabilidad, o crear una nueva entidad.

Al final de la última sesión de su primera reunión, el Órgano Rector escogió la primera opción e invitó a “la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, como tercera parte beneficiaria, a llevar a cabo las funciones y responsabilidades que se señalan y prescriben en el acuerdo normalizado de transferencia de material, bajo la dirección del Órgano Rector, de conformidad con los procedimientos que éste establecerá en su próxima reunión”¹⁶. La FAO ha hecho saber que, en principio, está preparada para aceptar esta designación siempre que el Órgano Rector defina los procedimientos apropiados que establezcan el papel y las responsabilidades que le corresponden¹⁷. En su segunda reunión (octubre-noviembre 2007) el Órgano Rector decidió: 1) solicitar al secretariado del Órgano Rector que prepare un borrador que contenga los procedimientos que deben regir la acción de la FAO cuando actúe como tercera parte beneficiaria, teniendo en cuenta su papel como agencia especializada de las Naciones Unidas y sus privilegios e inmunidades; y 2) establecer un Comité *Ad Hoc* sobre la tercera parte beneficiaria, compuesto por representantes de los estados miembros del Tratado, encargado de discutir el borrador de procedimientos, que será considerado por el Órgano Rector en su tercera reunión, en 2009¹⁸. Además, el Órgano Rector invitó al director general de la FAO a informar a los órganos relevantes dentro de la FAO sobre su papel como tercera parte

beneficiaria y sobre los procedimientos correspondientes¹⁹.

Implicaciones del concepto para otros foros

En un sentido, el concepto de la tercera parte beneficiaria bajo el ANTM es propio de las condiciones del ANTM y del sistema multilateral. Bajo el sistema multilateral, todas las transferencias de RFAA deben estar sujetas al ANTM, que es un acuerdo entre un proveedor individual de RFAA y un receptor individual, aunque contiene los términos estandarizados establecidos por las partes contratantes del Tratado. Pero el ANTM es diferente de otros contratos de transferencia de materiales en la medida en que los RFAA que se transfieren forman parte de un fondo, el sistema multilateral, por lo que se considera que provienen del fondo mismo, en lugar de proveedores individuales. De forma similar, los beneficios que resultan del uso del RFAA van, no al proveedor individual, sino al sistema multilateral. Por lo tanto, debido a que, bajo el ANTM, los proveedores individuales no obtienen ningún beneficio monetario directo del receptor, tienen pocos o ningún incentivo para iniciar acciones judiciales costosas con el fin de hacer cumplir los términos del ANTM. A medida que el RFAA se transfiere a receptores subsiguientes, que a su vez se vuelven proveedores en la cadena de transferencias, los incentivos se hacen aún más débiles. El concepto de la tercera parte beneficiaria tiene su origen en esta situación particular y busca dar respuesta a una necesidad especial en circunstancias especiales.

¹⁵ Ya que el Tratado nació al amparo del Art. XIV de Constitución de la FAO (<http://www.la-fao.org/docrep/003/x8700e/x8700e01.htm#14>), la práctica usual para el Órgano Rector sería valerse de la personalidad jurídica de la FAO misma en todos los temas que requieran el ejercicio de una personalidad legalmente reconocida.

¹⁶ Resolución 2/2006, parágrafo 8, IT/GB-1/06, en url: <ftp://ftp.la-fao.org/ag/cgrfa/gb1/gb1reps.pdf> la FAO (consultado el 30 mayo 2007).

¹⁷ En su Circular State Letter G/X/AGD-10, del 22 diciembre 2006, el Director General de la FAO comunicó a las partes contratantes estar, en principio, de acuerdo, en que la Organización actúe como tercera parte beneficiaria prevista en el ANTM. Este acuerdo está sujeto a una aprobación formal, previa revisión de los procedimientos que establecerá el Órgano Rector en su próxima sesión, para definir los roles y responsabilidades de la tercera parte beneficiaria.

¹⁸ Informe de la Segunda Reunión del Órgano Rector del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, párrafo 68, disponible en : <ftp://ftp.la-fao.org/ag/cgrfa/gb1/gb2reps.pdf> (consultado el 17 de marzo de 2008)

¹⁹ *Ibid.*

Aclarado esto, hay otro aspecto del concepto de la tercera parte beneficiaria que responde a una necesidad más amplia, más allá de la transferencia de RFAA bajo el sistema multilateral. Se refiere a la necesidad de tener un mecanismo que garantice el cumplimiento de los acuerdos de transferencia de materiales genéticos, especialmente defendida por los países en vías de desarrollo. Como ya hemos explicado, el cumplimiento del ANTM es especialmente problemático y requiere un enfoque particular, pero el cumplimiento de los acuerdos de transferencia de recursos genéticos es problemático en general. Las cuestiones sobre cumplimiento han estado, por ejemplo, en la mente de las partes contratantes del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) (CBD 2004, 2005)²⁰. Se espera que el concepto de la tercera parte beneficiaria y la delegación de poderes a una institución internacional como la FAO con capacidad para iniciar procesos legales, con miras a resolver disputas y proteger la integridad

del sistema multilateral, ayuden a resolver este problema para las partes contratantes del Tratado. Quizás algunos aspectos de este enfoque puedan resultar útiles para otros foros, como las negociaciones sobre acceso y reparto equitativo de beneficios en el CDB, aunque primero habría que identificar los intereses que pueden ser clasificados como “multilaterales” en los acuerdos de transferencia de material para justificar el reconocimiento de una tercera parte con capacidad de defender dichos intereses multilaterales.

Conclusiones

La tercera parte beneficiaria es un concepto innovador introducido en el ANTM para solucionar los problemas de cumplimiento derivados del hecho de que los beneficios resultantes del uso de RFAA transferidos bajo el ANTM vayan al sistema multilateral mismo y no a las partes individuales (proveedor y receptor) del ANTM. La FAO ha aceptado representar los intereses de la tercera parte beneficiaria bajo el ANTM y,

en particular, iniciar los procedimientos de resolución de controversias cuando sea necesario para proteger esos intereses. Para acatar esta obligación, la FAO actuará bajo la dirección del Órgano Rector. La respuesta positiva de la FAO debe declararse formalmente una vez que la FAO haya revisado los procedimientos aprobados por el Órgano Rector en su tercera sesión, prevista para 2009. El concepto de tercera parte beneficiaria ha sido diseñado para resolver problemas particulares que surgen de la naturaleza multilateral del ANTM, pero además responde a una necesidad más honda de los países en vías de desarrollo, los cuales exigen un mecanismo institucional que garantice el cumplimiento de las obligaciones del ANTM. Los países en vías de desarrollo han expresado necesidades similares en otros foros, como el CDB. Sin embargo, la aplicación del concepto a los acuerdos de transferencia de otros recursos genéticos puede depender de la existencia de intereses multilaterales dignos de protección en dichos acuerdos. 

Literatura citada

- CRGAA (Commission on Genetic Resources for Food and Agriculture). 2004a. Report on the Outcome of the Expert Group on the Terms of the Standard Material Transfer Agreement. CRGAA/IC/MTA-1/04/Rep [online]. <ftp://ftp.fao.org/ag/cgrfa/mta1/mta1repe.pdf> (consultado el 30 mayo 2007). 44 p.
- _____. 2004b. Report of the Commission on Genetic Resources for Food and Agriculture acting as the Interim Committee for the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, Second Meeting, Rome, 15 – 19 November 2004. CGRFA/MIC-2/04/REP [online]. <ftp://ftp.FAO.org/ag/cgrfa/mic2/m2repe.pdf> (consultado el 30 mayo 2007). 82 p.
- _____. 2006a. Third Party Beneficiary, Including in the Context of Arbitration. CGRFA/IC/CG-SMTA-2/06/Inf.4 [online]. <ftp://ftp.fao.org/ag/cgrfa/cgmta2/smta2i4e.pdf> (consultado el 30 mayo 2007). 13 p.
- _____. 2006b. Report of the Second Meeting of the Contact Group for the Drafting of the Standard Material Transfer Agreement, Alnarp, Sweden 24-28 April 2006. CGRFA/IC/CG-SMTA-2/06/REP [online]. <ftp://ftp.fao.org/ag/cgrfa/cgmta2/smta2repe.pdf> (consultado el 30 mayo 2007). 50 p.
- _____. 2006c. Report from the First Session of the Governing Body of the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture. IT/GB-1/06 [online]. <ftp://ftp.fao.org/ag/cgrfa/gb1/gb1repe.pdf> (consultado el 30 mayo 2007). 177 p.
- CBD (Convention on Biological Diversity). 2004. Compilation of Views, Information and Analysis on the Elements of the International Regime on Access and Benefit-sharing. NEP/CBD/WG-ABS/3/3, 30 November 2004 [online]. <http://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-03/official/abswg-03-03-en.pdf> (consultado el 30 mayo 2007). 12 p.
- _____. 2005. Report of the Ad Hoc Working Group on Access and Benefit-sharing on the Work of its Third Meeting, Bangkok 3 March 2005. UNEP/CBD/WG-ABS/3/7 [online]. <http://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-03/official/abswg-03-07-en.pdf> (consultado el 30 mayo 2007). 45 p.
- UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law). 2004. Principles of International Commercial Contracts. [online]. <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf> (consultado el 30 mayo 2007). 406 p.
- Moore, G. 2005. International Arbitration. Background Study Paper, No. 25. Commission on Genetic Resources for Food and Agriculture Acting as Interim Committee for the International Treaty. [online]. <ftp://ftp.fao.org/ag/cgrfa/BSP/bsp25e.pdf> (consultado el 30 mayo 2007). 22 p.
- UK. Law Commission. 1996. Privity of Contract: Contracts for the Benefits of Third Parties. Rep. No. LC242 [online]. <http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc242.pdf> (consultado el 30 mayo 2007). 193 p.
- UK. Office of Public Sector Information. 1999. Contracts (Rights of Third Parties). [online]. <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1999/19990031.htm> (consultado el 30 mayo 2007).

²⁰ En la Conferencia de las Partes del CDB han tenido lugar muchas discusiones sobre las dificultades que afrontan los proveedores de material genético para hacer cumplir los términos de los acuerdos de transferencia de materiales en el extranjero. Los países en desarrollo vienen solicitando la creación de mecanismos de cumplimiento y obediencia, incluyendo instrumentos para establecer sanciones legales, como parte de un régimen internacional de acceso y reparto de beneficios.