

Rodrigo A. Contreras Huerta*

EL ROL DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES PARA PROMOVER EL COMERCIO DIGITAL: EL EJEMPLO DEL ACUERDO DEPA

La pandemia del COVID-19 ha aumentado el comercio digital, pero principalmente a nivel doméstico. Para avanzar en un comercio digital transfronterizo más dinámico, los acuerdos comerciales y mecanismos de integración regional pueden cumplir un rol importante al incluir disciplinas que lo promuevan. El Acuerdo de Asociación de Economía Digital (DEPA, por sus siglas en inglés) constituye un avance importante con este objetivo, al incorporar disposiciones que, aunque de naturaleza soft law, representan un punto de partida para avanzar de manera colaborativa entre las Partes en la regulación del comercio digital y con el potencial de sumar nuevas economías.

The role of international agreements to promote digital trade – the example of the DEPA Agreement

The COVID-19 pandemic has increased digital trade, but mainly at the domestic level. To advance cross-border digital trade, trade agreements and regional integration mechanisms can play an important role by establishing provisions to foster it. The Digital Economy Partnership Agreement (DEPA) is a major step forward towards this objective, including provisions that despite their soft law nature, represent a starting point for a collaborative regulation of digital trade with the potential to add new economies.

Palabras clave: comercio digital, economía digital, comercio electrónico, DEPA, OMC, comercio internacional.

Keywords: digital trade, digital economy, e-commerce, DEPA, WTO, international trade.

JEL: F13, F15.

* Especialista en Integración y Comercio. Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Exnegociador Comercial de Chile. Las opiniones vertidas por el autor en este artículo se efectúan a título personal y no representan la visión del BID. Contacto: r_contrerashuerta@hotmail.com Versión de octubre de 2021. <https://doi.org/10.32796/ice.2021.922.7296>

1. Introducción: impacto del COVID-19 en el comercio digital

La pandemia del coronavirus (COVID-19), con sus profundas y lamentables consecuencias económicas y sociales, ha venido a reforzar y potenciar algo que se venía diciendo hace ya varios años: que la revolución digital ya es una realidad y que los países y regiones deben adoptar las medidas apropiadas para hacer frente a sus desafíos y oportunidades. Como parte de esta revolución, las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) han pasado a ocupar un papel cada vez más relevante en la producción, consumo e intercambio de bienes y servicios, en la medida que gran parte de la actividad física pasó a efectuarse en línea debido a las restricciones establecidas por los países. Así, por ejemplo, las personas han preferido las transacciones digitales sobre las compras en recintos establecidos y, en el área de los servicios, se ha visto un aumento en conferencias, juegos y entretenimientos digitales.

Estimaciones del tamaño de la economía digital varían considerablemente, desde un 4,5 a un 15,5 % del PIB mundial (UNCTAD, 2020; World Bank Group, 2020), mientras que la participación de servicios digitalmente entregados en el total de las exportaciones de servicios se ha elevado desde un 45 % a un 52 % entre 2005 a 2019 (UNCTAD & eTrade for all, 2021). Esta transición se ha producido de manera desnivelada, siendo más rápida y extendida en países desarrollados y de ingresos altos, encontrándose los Estados Unidos, Japón y China entre los principales mercados, mientras que a nivel de regiones lidera el Asia-Pacífico, seguido de Norteamérica y Europa Occidental (ECLAC & IDB, 2021).

El comercio electrónico, en particular, ha venido aumentando en los últimos años, alcanzando ventas por 25,6 billones de dólares americanos equivalentes al 30 % del PIB mundial en 2018, con alrededor de 1.450 millones de personas haciendo compras *online* (*ibid*). La mayor parte del comercio digital ha

correspondido a operaciones negocio a negocio (B2B, por sus siglas en inglés), con el 83 % de las ventas totales en 2018 y ha ocurrido fundamentalmente entre proveedores domésticos (*ibid*). En efecto, el comercio electrónico negocio a consumidor (B2C, por sus siglas en inglés) transfronterizo representó en 2018 menos del 10 % del total de las ventas de comercio electrónico entre las 10 mayores mercancías exportadas y los compradores en línea haciendo transacciones transfronterizas representaron solo el 23 % (*ibid*).

Es este comercio electrónico transfronterizo el que tiene relevancia para los efectos de este artículo y la pandemia no ha hecho cambiar la tendencia descrita en el párrafo anterior. El aumento en el comercio electrónico durante el último año y medio se ha producido fundamentalmente a nivel doméstico, mientras que el comercio electrónico transfronterizo se ha visto adversamente afectado por las interrupciones en el transporte internacional y las redes logísticas, la disminución en los vuelos de pasajeros, que sirven para transportar paquetes pequeños ordenados en línea, así como los cuellos de botella en los procedimientos en frontera generados particularmente en las etapas tempranas de la pandemia y que comenzó a recuperarse en el segundo semestre de 2020 (*ibid*). En la medida que la pandemia evolucionó, disminuyó la incertidumbre, las agencias fronterizas abordaron los desafíos logísticos y los negocios se ajustaron a la nueva realidad, experimentando el comercio electrónico transfronterizo una recuperación en el tercer cuarto del año 2020, pero sin representar aún un porcentaje significativo de los flujos totales de comercio transfronterizo.

2. Políticas comerciales y marcos regulatorios para promover el comercio digital transfronterizo

Existe consenso en la importancia que el comercio digital tiene para hacer más inclusivo el sistema global de comercio, permitiendo, por ejemplo, que pequeñas y medianas empresas (pymes) accedan a

nuevos mercados y consumidores, superando barreras geográficas y reduciendo intermediarios y costos de transacción. Asimismo, un aumento del comercio digital en regiones en desarrollo, como América Latina y el Caribe (ALC), permitiría mejorar su competitividad, incrementando y diversificando sus exportaciones y atrayendo inversión extranjera directa. Sin embargo, y como hemos visto en el apartado anterior, el comercio electrónico transfronterizo continúa siendo bajo y la gran revolución se ha dado principalmente a nivel doméstico.

Antes de identificar posibles causas de esta situación, así como potenciales políticas que permitirían hacer realidad un comercio electrónico transfronterizo más dinámico e inclusivo, detengámonos un momento en de qué hablamos cuando nos referimos al comercio digital o comercio electrónico. Si bien existen diversas definiciones, incluyendo algunas que distinguen entre comercio digital y comercio electrónico como conceptos distintos, para efectos de este artículo cuando hablamos de comercio electrónico o digital nos referimos a la compra o venta de bienes o servicios realizada a través de redes informáticas, especialmente redes conectadas por internet¹. En efecto, las redes en línea son ampliamente utilizadas para efectuar y recibir pedidos y pagos y, para el caso de ciertos servicios, la entrega puede efectuarse en línea también; mientras que, en el caso de las mercancías, su entrega se hace físicamente a través de las redes logísticas.

En otras palabras, el comercio electrónico o digital abarca: *i)* el comercio de bienes y servicios digitales (intangibles) comercializados y entregados en línea (p. ej., un *software* o la telemedicina); y *ii)* el comercio de bienes y servicios habilitados digitalmente (es decir, productos que se anuncian, solicitan y/o pagan digitalmente) pero entregados físicamente (p. ej., compra de ropa en un mercado *online*)

¹ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) define comercio electrónico como «*the sale or purchase of goods or services, conducted over computer networks by methods specifically designed for the purpose of receiving or placing of orders*» (OCDE, 2019).

o suministrados presencialmente (p. ej., reserva de una estancia en un hotel a través de una aplicación). Específicamente, en lo que se refiere al modelo de comercio electrónico basado en plataformas, podemos identificar cinco elementos clave: *i)* consumidores que tengan acceso a información en línea y sitios web; *ii)* plataformas de comercio electrónico que incluyan una efectiva función de búsqueda; *iii)* empresas comerciales que tengan acceso confiable por internet a consumidores y *marketplaces*; *iv)* servicios financieros y de pago que estén disponibles para verificar y ejecutar transacciones; y *v)* proveedores de servicios logísticos y de correo expreso que puedan transferir mercancías desde vendedores a consumidores (USITC, 2017).

Identificar las políticas comerciales que maximicen las oportunidades del comercio electrónico y reduzcan las barreras a su desarrollo no es tarea sencilla, ya que estas barreras son de difícil cuantificación y reducción en comparación con los enfoques tradicionales de liberalización comercial. El comercio digital, además de verse afectado por barreras comerciales convencionales, presenta obstáculos específicos asociados a la economía digital que no fueron contemplados al momento de negociarse los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y parte importante de los acuerdos comerciales regionales vigentes. Más aún, incluso en lo que podemos llamar barreras «tradicionales» existen complejidades derivadas de que la economía digital ha hecho más difusa la clásica distinción entre comercio de bienes y de servicios, como es el caso, por ejemplo, de productos como libros, música y películas, que hoy pueden obtenerse a través de la red en forma de servicios.

Dentro de las medidas «tradicionales» que favorecen el desarrollo del comercio digital se encuentran compromisos de acceso a mercados en bienes, especialmente para dispositivos que permiten el acceso a internet, como los establecidos en el Acuerdo sobre Tecnología de la Información de la OMC (ATI); compromisos de no discriminación para productos digitales; y

el mantenimiento de la moratoria de la OMC relativa a la imposición de derechos de aduana a las transmisiones electrónicas, sobre la cual nos detendremos más adelante.

Dado que, como hemos visto, la logística y distribución es un componente esencial del comercio electrónico, las medidas de facilitación del comercio tienen una gran relevancia, especialmente aquellas pensadas para mercancías comerciadas a través del comercio digital, caracterizadas por moverse rápidamente, ser pequeñas, de bajo valor y sujetas a devolución. Este aspecto es de gran importancia para las pymes, que se enfrentan a desafíos de acceso a la información y a que los precios de sus productos sean competitivos en mercados internacionales luego de los costos de transporte, junto con enfrentarse a eventuales devoluciones por parte de compradores.

Parte importante de estas medidas se encuentran ya contenidas en el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC (AFC), como, por ejemplo, disposiciones de transparencia y acceso a la información (art. 1), levante y despacho de las mercancías (art. 7), incluyendo presentación anticipada de documentos en formato electrónico, pago electrónico, gestión de riesgo, operadores económicos autorizados y envíos urgentes (art. 8), formalidades en relación con la importación, la exportación y el tránsito (art. 10), en particular, formalidades y requisitos de documentación, aceptación de copias y Ventanillas Únicas de Comercio Exterior (VUCE). Además, acuerdos comerciales podrían incluir medidas «AFC *plus*» como la revisión y armonización de niveles *de minimis*; aplicación del principio de equivalencia funcional, esto es, la no discriminación y neutralidad tecnológica entre el uso de comunicaciones electrónicas y copias de papel para la documentación, con objeto de avanzar hacia el *paperless*; establecimiento de umbrales de valor para la internación de paquetes pequeños a través de los *couriers* y operadores postales oficiales de manera simplificada; separación de la liberación física del despacho y pago de impuestos; diseño de un proceso

aduanero específico y diferenciado para las devoluciones con procedimientos y trámites de despacho simplificados; intercambio electrónico de datos transfronterizos y automatización de los procesos aduaneros con el fin de implementar procedimientos de preliberación y sistemas de administración del riesgo; y acuerdos de intercambio de información entre aduanas, incluyendo la implementación de acuerdos de reconocimiento mutuo de programas de Operador Económico Autorizado (OEA).

La convergencia y armonización regulatoria, así como estándares técnicos no discriminatorios, también juegan un papel clave para facilitar el comercio digital. Requisitos locales y esfuerzos individuales de gobiernos para desarrollar estándares técnicos específicos para *hardware* y *software* pueden impedir el comercio digital. Por ejemplo, algunos países pueden proponer requisitos tecnológicos que mandatan el uso de productos o tecnologías específicos, que justifican sobre la base de objetivos de seguridad nacional o políticas públicas. Con objeto de reducir estas barreras no arancelarias, los países pueden trabajar en la convergencia o armonización, como, asimismo, trabajar en la estandarización de estándares técnicos para productos manufacturados. Por otro lado, la adopción de sistemas de ventanillas únicas electrónicas puede reducir significativamente el tiempo y recursos utilizados en el cumplimiento de las regulaciones. Por ejemplo, las tecnologías digitales pueden jugar un rol importante en asegurar que los productos cumplan con las correspondientes medidas sanitarias y fitosanitarias y estándares técnicos en mercados de exportación. Los sistemas de certificación automatizada pueden reducir el tiempo para el procesamiento y transmisión, junto con aumentar la transparencia y aumentar la confianza en la cadena de suministro.

Además del comercio de bienes, el comercio de servicios también puede ser objeto de medidas que aumenten el comercio digital a través de su liberalización y facilitación, con énfasis en servicios que pueden suministrarse digitalmente, tales como servicios de

educación, TIC, de salud y ciertos servicios profesionales, así como servicios que tienen especial relevancia para la economía digital, como los servicios de transporte, logísticos, de telecomunicaciones y financieros. Asimismo, también tienen relevancia para el comercio digital disciplinas en materia de facilitación de flujos de información y datos; en inversiones a través de compromisos tales como la eliminación de restricciones a la propiedad extranjera, licencias y tributación discriminatoria y contenido local; y contratación pública, atendiendo a que estos regímenes pueden limitar la capacidad de las empresas de vender productos digitales de manera transfronteriza.

Por otro lado, los marcos regulatorios nacionales juegan un papel esencial en promover la confianza del consumidor en el mercado digital y fomentar el comercio digital. Las regulaciones aplicables requieren la intervención de distintas agencias de gobierno y reguladores, por lo que se requiere un alto grado de coordinación gubernamental y la utilización de buenas prácticas regulatorias dada la alta complejidad y dinamismo de las materias relevantes, incluyendo procesos de consulta al sector privado y sociedad civil y utilización de estándares internacionales. Esta es un área de oportunidad en donde tratados internacionales pueden contribuir a establecer estándares, armonizar e interoperar regímenes nacionales, evitando una excesiva fragmentación que dificulte los flujos de comercio electrónico. Entre las principales áreas relevantes se encuentran los regímenes de pagos electrónicos que permitan efectuar de manera fácil y segura pagos por bienes y servicios comprados digitalmente; la regulación del denominado *big data*, incluyendo el movimiento transfronterizo, localización, protección y privacidad de datos; regímenes balanceados de propiedad intelectual que aseguren las protecciones de creadores, usuarios y proveedores de servicios, incluyendo derechos de autor, bloqueos geográficos, combate a la piratería en línea y registro de marcas; regímenes de protección al consumidor que den seguridad a las transacciones digitales; ciberseguridad; régimen

tributario aplicable al comercio digital; transacciones electrónicas y firma electrónica; responsabilidad de los proveedores de servicios de internet; y política de competencia.

Además de esos elementos de política comercial y regulatorios, existe una amplia gama de medidas que favorecen el comercio digital transfronterizo, pero que no abordaremos en razón de que exceden los objetivos del presente artículo. Baste mencionar algunas como la transformación digital de entidades públicas vinculadas al comercio exterior (servicios públicos digitales, gobierno electrónico); agendas de promoción comercial y atracción de inversiones enfocadas en el comercio digital; y mejoras en servicios postales, en infraestructura física y digital y en capital humano, incluyendo emprendimiento, identidad y talento digital.

3. El rol de los acuerdos comerciales, mecanismos de integración regional y el sistema multilateral de comercio

La cooperación internacional y la perspectiva regional es fundamental para aprovechar las oportunidades que la economía digital presenta, evitando con ello un escenario fragmentado y con regulaciones nacionales divergentes que dificulten los flujos de comercio electrónico. Un enfoque colaborativo se ajusta a las complejidades regulatorias del comercio digital, que al cruzar distintos sectores requiere un alto grado de coordinación y cooperación entre países y entre distintas agencias de gobiernos y reguladores al interior de estos. Este enfoque, en algunos casos, puede significar la armonización de regulaciones, a través del establecimiento de compromisos y estándares en un instrumento internacional vinculante como un acuerdo comercial, y como de hecho ha ocurrido según veremos más adelante en este apartado, así como en la OMC y en foros regionales. En otros casos, sin embargo, puede ser suficiente la cooperación regulatoria con el objetivo de asegurar la interoperabilidad o el reconocimiento mutuo entre países, enfoque que

según veremos ha inspirado varias disciplinas en el Acuerdo DEPA.

En primer lugar, en el marco del sistema multilateral de comercio, las reglas actuales de la OMC no diferencian en cuanto al medio a través del cual se realiza el comercio, por lo que no existen reglas específicas para el comercio digital, aplicándose en lo pertinente las reglas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) del año 1994, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), junto con los ya mencionados AFC y ATI, según corresponda. El comercio electrónico fue reconocido explícitamente por la OMC por primera vez en la Conferencia Ministerial de mayo de 1998 bajo la Declaración sobre el Comercio Electrónico (OMC, 1998a) y como resultado de esta declaración, el Consejo General adoptó el «Programa de Trabajo sobre Comercio Electrónico» (OMC, 1998b).

En paralelo a las discusiones bajo el Programa de Trabajo, en el 2016 se creó el grupo de Miembros llamado «Amigos del Comercio Electrónico para el Desarrollo» (FEDs, por sus siglas en inglés) compuesto por Argentina, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Kazajstán, Kenia, México, Moldavia, Montenegro, Nigeria, Pakistán, Sri Lanka y Uruguay. Como resultado de estas discusiones, en la Conferencia Ministerial de Buenos Aires de 2017, 71 Miembros promulgaron la Declaración Conjunta sobre el Comercio Electrónico, con el objetivo de iniciar trabajos exploratorios con miras a futuras negociaciones en la OMC sobre los aspectos del comercio electrónico relacionados con el comercio. Además, señalaron que la participación se mantendría abierta a todos los Miembros de la OMC. Después de un año de discusiones exploratorias bajo la Declaración Conjunta, en enero de 2019, el número de Miembros participantes aumentó a 76 con la firma de una segunda declaración que confirma la intención de los Miembros de entablar negociaciones en la OMC sobre los aspectos del comercio electrónico

relacionados con el comercio (OMC, 2019a). Desde entonces, el número de participantes se ha elevado a 86 y se han llevado a cabo una serie de rondas de negociación con sede en la OMC sobre la base de propuestas de texto presentadas por los Miembros y que cubre seis temas principales: habilitación del comercio electrónico, apertura y comercio electrónico, confianza y comercio electrónico, cuestiones transversales, telecomunicaciones y acceso al mercado (OMC, 2021).

En el marco del Programa de Trabajo, uno de los temas principales que se ha discutido es la continuación de la aplicación de la moratoria a la imposición de derechos de aduanas a las transmisiones electrónicas. Desde la adopción de la Declaración sobre el Comercio Electrónico en 1998, los Miembros adoptaron la práctica de renovar el compromiso con la moratoria en las distintas declaraciones ministeriales. Sin embargo, a partir del año 2018, la situación cambió y algunos Miembros, incluyendo India y Sudáfrica, empezaron a cuestionar la conveniencia de su renovación, en atención a consideraciones como sus repercusiones en los ingresos públicos, qué se incluye bajo transmisiones electrónicas, cuál es la viabilidad técnica de imponer derechos de aduana en estas transmisiones, y cuál es el impacto en el comercio e industrialización (OMC, 2018). En diciembre de 2019, el Consejo General acordó mantener la práctica de no imponer derechos de aduana a las transmisiones electrónicas hasta la Duodécima Conferencia Ministerial (OMC, 2019b). En ese momento, corresponderá a los Miembros decidir el futuro de la moratoria.

Con respecto a acuerdos comerciales regionales, existe ya un importante número de tratados que contemplan disposiciones sobre comercio electrónico. Solo en el caso de América Latina y el Caribe existen 29 acuerdos comerciales vigentes con un capítulo sobre comercio electrónico que involucran a un país latinoamericano, y tres que aún no han entrado en vigor. El contenido de los acuerdos varía según la contraparte y el tiempo en que fue negociado. Uno de los primeros acuerdos comerciales en el mundo en incluir

un capítulo sobre comercio electrónico fue el Tratado de Libre Comercio de Estados Unidos–Chile en el año 2004. El capítulo contiene compromisos sobre la no imposición de derechos de aduana a las transferencias electrónicas, la no discriminación a los productos electrónicos y cooperación. Su contenido es representativo de las disposiciones básicas que contienen este tipo de tratados.

Los acuerdos recientes incorporan nuevos temas como la localización de datos, el uso de firmas digitales, el flujo de datos, código fuente, y mensajes comerciales no solicitados (conocidos como *spam*). Este es el caso, por ejemplo, del Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés), suscrito por Australia, Brunéi, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam, el 8 de marzo de 2018. El Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC o USMCA, por sus siglas en inglés), firmado el 30 de noviembre de 2018 y que reemplazó al TLCAN o NAFTA, contiene estos temas y además agrega disposiciones sobre ciberseguridad, servicios informáticos interactivos y datos abiertos gubernamentales. El RCEP (Regional and Comprehensive Economic Partnership Agreement) también incluye disposiciones sobre comercio electrónico y, más recientemente, vale destacar el tratamiento que se le da al tema en el Acuerdo de Comercio Digital Estados Unidos–Japón, suscrito el 7 de octubre de 2019, y en el Acuerdo de Economía Digital Australia–Singapur, firmado el 6 de agosto de 2020. En general, los capítulos sobre comercio electrónico pueden incluir temas en seis categorías principales: *i*) trato no discriminatorio a productos digitales; *ii*) imposición de derechos de aduana; *iii*) facilitación del comercio electrónico y transparencia; *iv*) protección de usuarios del comercio electrónico; *v*) flujo de datos, localización de datos y acceso de código fuente; y *vi*) cooperación.

A nivel de procesos regionales de integración es donde existen importantes oportunidades aún por aprovechar, en atención a que cuentan con una mayor

masa crítica de países en comparación con acuerdos bilaterales, pero sin las grandes dificultades que implica avanzar en las negociaciones en el marco de la OMC. Por ejemplo, en América Latina y el Caribe, procesos de integración subregional como la Alianza del Pacífico, la Comunidad Andina (CAN), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) se encuentran trabajando respectivamente en agendas digitales. La Alianza del Pacífico, en particular, tiene disposiciones aplicables al comercio digital en su Protocolo Comercial y recientemente ha elaborado una Declaración Presidencial y una hoja de ruta para un mercado digital regional, junto con haber implementado la interoperabilidad de las VUCE de sus países miembros y el reconocimiento mutuo de sus respectivos programas OEA.

4. El Acuerdo de Asociación de Economía Digital (DEPA)

Orígenes del Acuerdo y estado de tramitación

En un contexto en que las negociaciones en la OMC tienen una fecha incierta de culminación y los acuerdos comerciales regionales abordan los diversos aspectos relevantes para la economía digital de manera fragmentada, surge el Acuerdo de Asociación de Economía Digital (en adelante, «el Acuerdo» o «DEPA», por sus siglas en inglés). El Acuerdo nace del interés común de tres pequeñas economías que, no obstante su tamaño y los bajos flujos de comercio entre ellas, tienen un historial de dinamismo en la esfera comercial internacional y que han participado previamente en diversos procesos de negociación plurilaterales, como el P-4 y el ya mencionado CPTPP: Chile, Nueva Zelanda y Singapur.

DEPA es el primer tratado internacional que aborda exclusivamente y de manera unificada diversas materias relevantes para la economía y el comercio digital y a las cuales nos hemos referido en los apartados anteriores. Al suscribir el Acuerdo, las Partes

buscaron establecer ciertas reglas básicas para promover a sus Estados Parte como plataformas para la economía digital, estableciendo un marco amigable para las empresas para exportar sus servicios y productos digitales, pero también explorar materias nuevas en el contexto tecnológico actual que sirvan a la sociedad en general, por medio del desarrollo económico inclusivo (Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales de Chile, 2021a). En particular, el Acuerdo busca facilitar el comercio de extremo a extremo, sin fricciones, habilitar el flujo confiable de datos y crear confianza en los sistemas digitales, así como aprovechar el potencial de la economía digital para beneficiar a las economías más pequeñas y proporcionar más oportunidades para incluir a más personas y pymes en la economía global (Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales de Chile, 2021b).

El Acuerdo se firmó mediante firma electrónica el 11 de junio de 2020 y ya entró en vigor entre Nueva Zelanda y Singapur, el 7 de enero de 2021. Chile recientemente ratificó el Acuerdo y entrará en vigor el próximo 23 de noviembre. Cabe destacar, que el DEPA ha atraído un interés importante de otras economías en adherirse, incluyendo Canadá y Corea del Sur, los cuales ya formalmente han manifestado dicho interés.

5. Contenido²

El hecho de que el Acuerdo trate de manera unificada distintas áreas del comercio digital es, en sí mismo, un avance en consideración a la fragmentación existente, pero es pertinente analizar el contenido de sus disposiciones con miras a determinar su naturaleza jurídica. El Acuerdo comienza con un Preámbulo en el que se destaca la importancia de la economía digital y el valor global de internet y su arquitectura abierta como un

facilitador de esta. Se reconoce el rol de los estándares, en particular los estándares abiertos, en la facilitación de la interoperabilidad entre los sistemas digitales y la mejora de los productos y servicios de valor agregado y se confirma la necesidad de identificar la creciente variedad de obstáculos relacionados con el comercio en la economía digital y la necesidad de actualizar las reglas globales en respuesta a ello.

En este sentido, se confirma que la economía digital está en evolución, por lo que se enfatiza que el Acuerdo y sus reglas también deberán continuar evolucionando. Más aún, se explicita el derecho inherente de las Partes a regular y decidir para preservar su flexibilidad al objeto de establecer sus prioridades legislativas y regulatorias, salvaguardar el bienestar público, y proteger objetivos legítimos de política pública. Con este último punto, las Partes dejan claro desde el comienzo el carácter *soft law* de parte importante del Acuerdo, esto es, disposiciones que tienen un carácter de tal generalidad que no pueden constituir las bases de derechos y obligaciones jurídicamente vinculantes y que, incluso, permiten dudar de la naturaleza de «tratado» propiamente tal del DEPA³.

Luego, el Acuerdo se divide en dieciséis Módulos. El Módulo 1 contiene las «Disposiciones Iniciales y Definiciones Generales». El Ámbito de Aplicación del Acuerdo indica que se aplicará a «las medidas adoptadas o mantenidas por una Parte que afecten el comercio en la economía digital», excluyendo, salvo excepciones establecidas en artículos específicos, los servicios prestados en el ejercicio de la autoridad gubernamental, los servicios financieros, la contratación pública y la información en poder o procesada por una Parte o a nombre suyo, o a las medidas relacionadas con esa información, incluyendo las medidas relacionadas con su recopilación. Se contempla, además, que el Acuerdo coexista con otros acuerdos internacionales en vigor para las Partes. Es de destacar que

² El texto del Acuerdo en español se encuentra disponible en https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/acuerdos/depa/depa-es.pdf?sfvrsn=4122158b_2

³ Para una definición de *soft law* y su relación con la naturaleza jurídica de tratado internacional, véase Aust (2007).

el Acuerdo no establece una definición de «economía digital» ni de «comercio digital» o «comercio electrónico», sino que, de manera pragmática, establece un ámbito de aplicación que se condice con la definición que usamos para los efectos de este artículo.

El módulo 2 aborda la «Facilitación de los Negocios y el Comercio», que entre sus disposiciones incluye: *i)* «Comercio sin papel», por la cual las Partes se comprometen a poner a disposición del público y aceptar, aunque sujeto a amplias excepciones, versiones electrónicas de los documentos administrativos comerciales, así como establecer, mantener e interconectar sus respectivas VUCE, en línea con lo establecido en el AFC de la OMC, y facilitar, cuando sea pertinente en cada jurisdicción, el intercambio de registros electrónicos usados en las actividades comerciales entre las empresas de las Partes; *ii)* «Marco de transacciones domésticas», por la cual cada Parte se compromete a mantener un marco legal para las transacciones electrónicas consistentes con la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y «procurar» evitar imponer cargas regulatorias innecesarias; *iii)* «Logística», limitándose a reconocer su importancia y compartir mejores prácticas, pero sin establecer obligaciones vinculantes; *iv)* «Facturación electrónica», donde junto con reconocer su importancia, las Partes se comprometen a promover su interoperabilidad y su adopción para los negocios; *v)* «Envíos expresos», reconociendo la importancia del comercio electrónico y comprometiéndose a adoptar o mantener procedimientos aduaneros expeditos para envíos de entrega rápida, manteniendo a la vez un adecuado control y selección aduanero. En cuanto al controvertido tema del *de minimis*, se establece que cada Parte proveerá de un valor de carga *de minimis*, pero no se establece un monto determinado, sino solo la obligación de que cada Parte revise periódicamente el monto «tomando en cuenta factores que pueda considerar pertinentes, tales como tasas de inflación, efecto en la facilitación del comercio, impacto en la gestión de riesgo, costo

administrativo de la recaudación de derechos comparado con el monto de los mismos, costo de las transacciones comerciales transfronterizas, impacto en pymes, y otros factores relacionados con la recaudación de derechos aduaneros»; y *vi)* «Pagos electrónicos», en virtud del cual las Partes acuerdan apoyar el desarrollo de pagos transfronterizos electrónicos, reconociendo ciertos principios «de acuerdo con sus respectivas leyes y regulaciones», constituyéndose en una disposición de buenas intenciones sin mayor exigibilidad jurídica.

El Módulo 3 trata sobre el «Tratamiento de Productos Digitales y Temas Relacionados», definiendo para estos efectos producto digital como «un programa de cómputo, texto, vídeo, imagen, grabación de sonido y otro producto que esté codificado digitalmente, producido para la venta o distribución comercial y que puede ser transmitido electrónicamente». Uno de los principales compromisos del Acuerdo es que se excluye de derechos aduaneros a las transmisiones electrónicas, haciendo de este modo permanente la ya mencionada controvertida moratoria establecida en la Declaración sobre Comercio Electrónico Global de la OMC de 1998, aunque no se impide que una Parte imponga impuestos internos, tarifas y otras cargas sobre el contenido transmitido electrónicamente. Se establece, además, la obligación de trato no discriminatorio de productos digitales y las Partes «afirman su nivel de compromisos» en relación con los Productos de las Tecnologías de la Información que usan Criptografía.

El Módulo 4 contiene disposiciones sobre los «Temas de Datos», unos de los aspectos más relevantes y complejos en la economía digital. Establece el compromiso de las Partes de adoptar o mantener un marco legal que disponga la protección de la información personal de los usuarios del comercio electrónico, en cuyo desarrollo deben «tomar en consideración principios y directrices de organismos internacionales». Asimismo, las Partes afirman su nivel de compromisos en relación con la transferencia transfronteriza de información a través de medios electrónicos, pero reconociendo que

cada Parte podrá tener sus propios requisitos regulatorios sobre dicha transferencia y estableciendo excepciones con motivo de «objetivos legítimos de política pública», con lo cual en la práctica el compromiso internacional queda sujeto en parte importante a la regulación doméstica de las Partes. Similares principios se aplican respecto a la disposición sobre ubicación de las instalaciones informáticas, en que, si bien se establece la prohibición de exigir usar o ubicar las instalaciones informáticas en el territorio de una Parte como condición para la realización de negocios en ese territorio, esta obligación está sujeta a condiciones y excepciones equivalentes a la relativa a la transferencia transfronteriza de información.

El Módulo 5 «Ambiente Amplio de Confianza» establece compromisos generales de cooperación en materia de ciberseguridad y protección y seguridad en línea. En el Módulo 6 «Confianza de Consumidor y Empresa», las Partes asumen los compromisos de adoptar o mantener medidas relativas a los mensajes electrónicos comerciales no solicitados, así como leyes o regulaciones para prohibir prácticas comerciales fraudulentas, que induzcan a error y engañosas que causen daño a los consumidores que participan en actividades comerciales en línea. Las Partes, además, reconocen principios sobre el acceso y el uso de internet, aunque, una vez más, «sujeto a las políticas, leyes y regulaciones aplicables». En la misma línea, el Módulo 7 «Identidad Digital» prescribe que cada Parte procurará promover la interoperabilidad entre sus respectivos regímenes de identidad digital, aunque dejando claro que cada Parte puede tener diferentes implementaciones y enfoques legales en esta materia.

Los Módulos del 8 al 11 contienen disposiciones declaratorias que se limitan a reconocer la importancia de ciertos aspectos vinculados a la economía digital y fomentar la cooperación entre las Partes. El Módulo 8 se refiere a «Tecnologías y Tendencias Emergentes», estableciendo disposiciones que fomenten la cooperación e intercambio de experiencias en las áreas de industria de tecnología financiera (*FinTech*),

inteligencia artificial (IA), contratación pública y política de competencia. En el Módulo 9 «Innovación y la Economía Digital», las Partes reconocen la importancia de un dominio público abundante y accesible; que los flujos de datos transfronterizos y el intercambio de datos permiten la innovación basada en datos; y que facilitar el acceso público y el uso de la información gubernamental puede fomentar el desarrollo económico social, la competitividad y la innovación. El Módulo 10 «Cooperación de Pequeñas y Medianas Empresas» destaca el rol fundamental de las pymes y se acuerda cooperar para mejorar sus oportunidades de comercio e inversión en la economía digital, incluyendo mejorar la accesibilidad de la información y convocar un Diálogo Digital de Pymes, el cual a la fecha aún no ha sido convocado. Finalmente, en el Módulo 11 «Inclusión Digital», las Partes se comprometen a cooperar en asuntos relacionados con la inclusión digital, incluida la participación de mujeres, poblaciones rurales, grupos socioeconómicos vulnerables y pueblos indígenas en la economía digital.

Los Módulos del 12 al 16 contienen disposiciones institucionales, de solución de controversias y finales. El Módulo 12 establece un Comité Conjunto con facultad para adoptar decisiones y puntos de contacto. El Módulo 13 contempla normas sobre transparencia sobre las leyes, regulaciones, procedimientos y resoluciones administrativas vinculadas al Acuerdo. El Módulo 14 establece un mecanismo detallado de solución de controversias que incluye buenos oficios, conciliación y mediación, así como una etapa jurisdiccional de arbitraje. Es de destacar que, reforzando la naturaleza *soft law* del Acuerdo, el Módulo 14 no se aplica a importantes compromisos como son el trato no discriminatorio de productos digitales, productos de las tecnologías de la información y comunicación que usan criptografía, transferencia transfronteriza de información por medios electrónicos y ubicación de instalaciones informáticas. Más aún, el Anexo I del Acuerdo establece el Entendimiento de que estas normas «no crean ningún derecho y obligación entre las Partes».

El Módulo 15 establece un amplio set de excepciones, incluyendo Excepciones Generales, aplicando *mutatis mutandis* el artículo XX del GATT de 1994 y XIV del AGCS, junto a excepciones de seguridad, prudenciales, de política monetaria o cambiaria, tributaria, restricciones para proteger la balanza de pagos y una excepción específica aplicable a Nueva Zelanda, en virtud de la cual puede aplicar trato más favorable a los maoríes. Finalmente, el Módulo 16 establece las «Disposiciones Finales», incluyendo una norma que permite la adhesión de terceros Estados, dejando con ello el espacio para que el DEPA se convierta en una plataforma internacional en la cual participen un número creciente de países.

6. Conclusiones

La pandemia del COVID-19 ha acentuado la importancia de la economía y el comercio digital, pero persisten diferencias entre países desarrollados y en desarrollo, así como en el comercio digital doméstico y transfronterizo, encontrándose este último más rezagado. Uno de los factores que explican que el comercio digital transfronterizo no se haya consolidado aún es la insuficiencia de las políticas comerciales y marcos regulatorios habilitantes que faciliten los flujos de bienes y servicios a través de este canal, a pesar de los esfuerzos y avances efectuados en el marco de la OMC y acuerdos comerciales regionales.

En este contexto, la negociación, firma y entrada en vigor del Acuerdo DEPA es una buena noticia. El Acuerdo es el primero en abordar en un instrumento internacional los distintos aspectos que involucra el comercio digital, construyendo sobre disciplinas ya negociadas por las Partes en acuerdos previos, en especial el CPTPP, e incluyendo temas como inteligencia artificial, identidad digital, datos abiertos y privacidad de datos, ciberseguridad, pagos electrónicos, inclusión digital, competencia, entre otros.

Sin embargo, es de destacar que, para alcanzar este objetivo, los Estados Parte debieron recurrir

fundamentalmente a normas de *soft law*, haciendo uso de las denominadas «obligaciones de buenas intenciones» y que en parte importante quedan sometidas a la legislación doméstica de las Partes, están sujetas a amplias excepciones, o directamente quedan excluidas del mecanismo de solución de controversias establecido en el Acuerdo.

Si bien se puede cuestionar por qué los países firmantes no quisieron establecer obligaciones jurídicamente vinculantes en algunas áreas críticas para el comercio digital, el enfoque colaborativo, en vez de mandatorio, se justifica en la medida que muchas de las áreas sujetas a regulación se encuentran en desarrollo y los países aún se encuentran evaluando sus implicancias en términos de política pública, por lo cual prefieren mantener los debidos espacios regulatorios.

En este sentido, el valor del DEPA se encuentra en que identifica, reconoce la importancia y establece algún grado de compromiso en distintas áreas de relevancia para el comercio digital; establece la necesidad de seguir estándares internacionales y contempla mecanismos para que las Partes cooperen en la identificación e implementación de medidas comerciales y marcos regulatorios que favorezcan el comercio digital. En este punto es importante resaltar que las tres economías firmantes tienen un peso relativo similar, por lo que ninguna de ellas se encuentra en una situación negociadora, en principio, más fuerte. Asimismo, el hecho de que el Acuerdo solo contemple aspectos relacionados con la economía digital evita que se utilice el acceso a mercados en bienes o servicios como forma de negociar aspectos regulatorios.

Además, es valorable el esfuerzo de las Partes por resaltar, aunque sin asumir mayores compromisos específicos, que el comercio internacional sea más inclusivo, fomentando que los beneficios de la economía digital lleguen a todos los sectores, incluyendo pymes y ciudadanos, así como fomentando su participación en los procesos regulatorios. Finalmente, es de destacarse que los flujos comerciales entre las Partes son marginales, por lo que la intención del DEPA, más que regular las relaciones entre sus países miembros, es constituirse

en un foro o plataforma de colaboración en temas de vanguardia, con la aspiración de sumar nuevos Estados.

Por todo lo anterior, para que los beneficios de Acuerdo DEPA se concreten es esencial que las Partes continúen interactuando, cooperando, compartiendo experiencias e implementando de manera coordinada normas y regulaciones que favorezcan el comercio digital. En este sentido, el DEPA no puede verse como un objetivo final en sí mismo, sino como un buen punto de partida sobre el cual construir a través de la cooperación entre las Partes y constituirse como un mecanismo al cual se sumen nuevas economías a través de su cláusula de adhesión.

El interés de Canadá y Corea del Sur es una señal positiva en esta estrategia y el enfoque colaborativo del Acuerdo permite que terceros países se sumen como Partes, aun cuando no estén preparados para asumir compromisos vinculantes que les signifique elaborar o modificar leyes y reglamentos internos o perder espacios regulatorios a futuro, manteniendo con ello la posibilidad de adaptar las normas a sus circunstancias domésticas específicas. En este contexto, países del Asia-Pacífico y las Américas se posicionan como candidatos naturales para sumarse a esta iniciativa.

Referencias bibliográficas

- Aust, A. (2007). *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge University Press.
- ECLAC & IDB, United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean & Inter-American Development Bank. (2021). *Post Pandemic COVID-19 Economy Recovery. Enabling Latin America and the Caribbean to better harness e-commerce and digital trade*. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46858/S2100269_en.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2019). *Unpacking E-commerce. Business Models, Trends and Policies*. https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/unpacking-e-commerce_23561431-en
- OMC, Organización Mundial del Comercio. (1998a). *Declaración sobre el comercio electrónico mundial*, adoptada el 20 de mayo (WT/MIN(98)/DEC/2).
- OMC, Organización Mundial del Comercio. (1998b). *Programa de trabajo sobre el comercio electrónico*, adoptada el 25 de setiembre (WT/L/274).
- OMC, Organización Mundial del Comercio. (2018). *Programa de trabajo sobre el comercio electrónico - examen de los progresos realizados*. Decisión del Consejo General adoptada el 17 de diciembre (WT/GC/W/756), párr. 1.5.
- OMC, Organización Mundial del Comercio. (2019a). *Declaración conjunta sobre el comercio electrónico*, adoptada el 25 de enero (WT/L/1056).
- OMC, Organización Mundial del Comercio. (2019b). *Programa de trabajo sobre el comercio electrónico*. Decisión del Consejo General, adoptada el 10 de diciembre (WT/L/1079).
- OMC, Organización Mundial del Comercio. (2021, 5 de febrero). *Negociaciones sobre el comercio electrónico: los Miembros concluyen un texto limpio sobre los mensajes comerciales no solicitados*. https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/ecom_05feb21_e.htm
- Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales de Chile. (2021a). *DEPA. ¿Qué es el Acuerdo de Asociación de Economía Digital?* <https://www.subrei.gob.cl/landings/depaa>
- Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales de Chile. (2021b). *Acuerdo de Asociación de Economía Digital*. https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/covid-19/brochure-depa.pdf?sfvrsn=9a28e7f6_2
- UNCTAD, United Nations Conference on Trade and Development. (2020). *Trade and development report 2020: From global pandemic to prosperity for all avoiding another lost decade*. https://unctad.org/system/files/official-document/tdr2020_en.pdf
- UNCTAD, United Nations Conference on Trade and Development & eTrade for all. (2021). *COVID-19 and e-commerce. A global review*. https://unctad.org/system/files/official-document/dtltstict2020d13_en.pdf
- USITC, United States International Trade Commission. (2017). *Global Digital Trade 1: Market Opportunities and Key Foreign Trade Restrictions*. USITC Publication No. 4716. https://www.usitc.gov/publications/industry_econ_analysis_332/2017/global_digital_trade_1_market_opportunities_and.htm
- World Bank Group. (2020). *The Potential Impact of COVID-19 on GDP and Trade: A Preliminary Assessment*. World Bank Group, Policy Research Working Paper No. 9211. <https://documents1.worldbank.org/curated/en/295991586526445673/pdf/The-Potential-Impact-of-COVID-19-on-GDP-and-Trade-A-Preliminary-Assessment.pdf>