



CISEPA

Pontificia Universidad Católica del Perú
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS,
ECONÓMICAS, POLÍTICAS Y ANTROPOLÓGICAS

Tratado de Libre Comercio

Perú – EEUU:

Un Balance Crítico

Alan Fairlie Reinoso
Sandra Queija De La Sotta
Milagros Rasmussen Albitres

Lima, Junio 2006

INDICE

INTRODUCCIÓN	3
I. AGRICULTURA	5
1. Lo Acordado.....	5
1.1. Subsidios.....	6
1.2. Eliminación Arancelaria.....	8
1.3. Medidas de Salvaguardia Agrícola.....	14
1.4. Otras Medidas.....	16
1.5. Comité de Comercio Agrícola.....	16
1.6. Franja de Precios.....	16
1.6.1. Los Productos en franja de precios.....	17
1.6.2. Efecto Estabilización y Efecto Protección.....	21
2. Productos de exportación vs. Sensibles frente al TLC.....	23
2.1. Impacto Regional.....	26
2.2. Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF).....	28
2.3. Costo de un no TLC.....	29
3. Conclusiones.....	30
Anexo N° 1.....	33
Anexo N° 2.....	35
Anexo N° 3.....	38
II. PROPIEDAD INTELECTUAL	40
1. Suscripción de Acuerdos Internacionales.....	40
2. Sistema de patentes.....	41
2.1. Patentamiento de Plantas, biodiversidad y Conocimientos Tradicionales.....	42
2.2. Propiedad Intelectual y salud pública.....	45
2.2.1. Alargamiento del plazo de patentes.....	48
2.2.2. Datos de Prueba.....	50
2.2.3. Uso de Salvaguardias en el TLC.....	61
2.3. Conclusiones.....	62
Anexo N° 1.....	64
Anexo N° 2.....	65
Anexo N° 3.....	66
III. INVERSIONES	67

1.	Definiciones.....	68
2.	Ámbito de aplicación.....	69
3.	Principio de Trato Nacional y Nivel de Trato Mínimo.....	70
4.	Nación Más Favorecida.....	72
5.	Expropiaciones.....	72
6.	Prohibición de establecer requisitos de desempeño.....	73
7.	Solución de controversias.....	74
8.	Medio Ambiente.....	75
9.	Medidas disconformes.....	76
10.	Conclusiones.....	78
	Anexo N° 1.....	79
	Anexo N° 2.....	80
IV.	COMERCIO TRANSFRONTERIZO DE SERVICIOS.....	81
1.	Servicios Profesionales.....	83
2.	Capítulo sobre Servicios Financieros.....	85
3.	Capítulo sobre Telecomunicaciones.....	86
4.	Conclusiones.....	87
V.	COMPRAS PÚBLICAS.....	88
VI.	MEDIO AMBIENTE.....	92
VII.	SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	97
	REFLEXIONES FINALES.....	100

INTRODUCCIÓN

El gobierno del Presidente Toledo cumplió con enviar los textos definitivos del TLC con EEUU sólo después de la segunda vuelta electoral, para evitar que se desarrolle un debate nacional sobre el tema en el contexto de las elecciones. También se entregaron los Proyectos de Ley que compensarían a los sectores perdedores del sector agrícola.

El presente trabajo continúa reflexiones anteriores y construcción de evidencia empírica que contribuya a la cuantificación de costos y beneficios del TLC, revisando también los diferentes aportes que se han producido, muchos de ellos sólo en la parte final de la negociación.

Primero, se organizaron seminarios durante todo un año para discutir con participación de los sectores oficiales, los avances en las negociaciones del TLC, mostrándose la diversidad de posiciones al respecto¹. Nosotros hicimos un balance de lo que consideramos los pro y contra de las posiciones presentadas en las diferentes mesas negociación desde una visión crítica y escéptica, que a la luz de los textos finalmente suscritos por el Ejecutivo, lamentablemente se ha convalidado en buena medida².

También, se aplicó una metodología de equilibrio general computable, donde se simulaban los efectos de diferentes acuerdos de integración regional, incluido el TLC con EEUU. Se utilizaron diferentes variantes al modelo base, con supuestos más realistas. Este trabajo mostraba los mejores resultados posibles para un TLC, ya que sólo tomaba en cuenta la reducción arancelaria y el acceso a mercados, asumiendo que no existía ATPDEA. No se consideraba en ese modelo las importantes restricciones no arancelarias, sanitarias y/o fitosanitarias, normas de origen, o los costos o beneficios derivados de la negociación de propiedad intelectual, servicios, inversiones, compras del Estado, etc³.

Luego, se hizo una sistematización crítica de los diferentes trabajos (independientemente de su metodología y posición), que habían generado construcción de evidencia empírica sobre los impactos del TLC Andino – EEUU. En ese trabajo, también se aportaban cálculos propios, incluidos los de los costos de un no TLC⁴.

Recientemente, recopilamos diferentes estudios que prestaban especial atención a sectores sensibles como agricultura y propiedad intelectual, para Colombia y Perú principalmente. Además, se reflexionó sobre la relación del TLC con la integración andina y sudamericana. En ese trabajo, adelantamos la posibilidad de la crisis andina actual y su virtual colapso como bloque comercial, en uno de los escenarios planteados⁵.

¹ Alan Fairlie ed. *El TLC en Debate*. Diciembre 2004. En: <http://www.fes.org.pe>

² Alan Fairlie. *Luces y Sombras del TLC*. Septiembre 2004. En: <http://www.actualidadeconomica-peru.com>

³ Gabriela Cuadra, Alan Fairlie, David Florián. *Escenarios de Integración del Perú en la Economía Mundial, un enfoque al Equilibrio General Computable*. 2004

⁴ Alan Fairlie. *Costos y Beneficios del TLC con Estados Unidos*. Abril 2005. En: <http://www.fes.org.pe>

⁵ Alan Fairlie. *Los países Andinos Frente al TLC y la Comunidad Sudamericana de Naciones*. 2006. En: <http://www.fes.org.pe>.

En el presente trabajo, se discuten los textos finales de lo aprobado por el Ejecutivo, publicados por el MINCETUR (por lo que no toma en cuenta posibles modificaciones de última hora, como ya se ha producido en Colombia), haciendo un contraste con nuevas estimaciones de lo que dichos compromisos podrían significar para el país.

No sólo se aborda el tema de acceso a mercados o los efectos de la liberalización para los sectores productivos nacionales (concentrándonos en el sector agrícola que es el más afectado), sino que también disciplinas donde se adoptan acuerdos OMC-plus como en propiedad intelectual, inversiones, servicios, compras del Estado, solución de controversias, y estándares (medio ambiente). No hemos abordado el resto de Capítulos, lo cual constituye una limitación del trabajo.

Sin negar los beneficios potenciales que tiene el TLC, consideramos que existen costos sustanciales que se han subestimado en la discusión incompleta que se ha producido. Nos preocupa muchísimo que no se haya dado el tiempo suficiente para discutir alternativas de compensación tanto en el escenario de firma como en el de no firma. Más grave aún es que lo discuta un Parlamento cuya composición no tiene la representatividad ni legitimidad de la voluntad soberana del pueblo emanado de las últimas elecciones.

En el caso colombiano, por ejemplo, los montos y modalidad de las compensaciones se han venido discutiendo en los últimos dos años y no se reducen a una suma insignificante de subsidios, sino que incluyen temas de la agenda interna como infraestructura, educación, capacitación, apoyo tecnológico, etc.

La improvisación sólo se justifica, por la decisión política de un gobierno y Parlamento de salida, de comprometer al país y futuras generaciones en un acuerdo que no será de beneficio para la mayoría de la población y que pondría una camisa de fuerza a los márgenes de maniobra de las estrategias de desarrollo de los próximos gobiernos.

I. AGRICULTURA

El sector agrícola de nuestro país representa alrededor del 9% del PBI, y su peso en las exportaciones totales es de aproximadamente 10%.

Para el Perú, en el caso del sector Agropecuario, EEUU constituye uno de nuestros principales mercados, en los últimos 3 años el mercado estadounidense absorbió el 32% de nuestras exportaciones⁶. La balanza comercial bilateral agrícola, recién a partir de 1999, cuenta con una tendencia creciente, debido a algunos productos de agroexportación y al desarrollo de productos que antes no se comercializaban. Entre ellos, los espárragos, el café⁷ (que suman el 50% del comercio), la madera y los mangos.

El sector agrícola se caracteriza por tener una *gran concentración comercial*; los 10 primeros productos cubren más del 70% de las exportaciones. Por el lado de las importaciones, la concentración también es muy grande. El trigo representa aproximadamente el 40% de las importaciones procedentes de los EEUU⁸, luego viene el algodón y el aceite de soya. En cuanto al trigo y la soya, cabe destacar que ingresan a nuestro mercado en grandes cantidades y subvencionados por ayuda del gobierno de los EEUU, afectando a la producción nacional.

1. Lo Acordado

Este Capítulo consolida el acceso preferencial con arancel cero para todos los productos incluidos en la ATPDEA (espárragos, páprika, alcachofas, menestras, uvas, mangos, mandarinas, etanol, etc.). Además, se obtiene acceso inmediato para otros productos como aceitunas, algodón en fibra, y conservas de hortalizas.

Se acordó el ingreso libre de aranceles para 1.241 partidas, que conjuntamente con las 388 partidas que ya tenían arancel cero representan un acceso inmediato para el 90% del universo de productos agrícolas (99% del valor de las exportaciones agropecuarias).

Como contrapartida, el Perú otorgó libre acceso para 451 partidas (56% del total), que involucran el 87% del monto total importado desde EEUU. Para 125 partidas, referidas a productos sensibles (arroz, carne bovina, lácteos, cuartos traseros de pollo, maíz amarillo duro, aceites refinados, entre otros) se otorgó plazos de desgravación iguales o mayores a 10 años (sin embargo, existen cuotas de ingreso desde la puesta en marcha del acuerdo).

El Capítulo de Agricultura garantiza la aplicación del principio de Trato Nacional, incluye disciplinas sobre acceso de mercancías, administración e implementación de cuotas,

⁶ La UE es nuestro principal mercado destino, en los últimos 3 años representó el 37% de las exportaciones agrícolas.

⁷ El café es un producto que no se verá afectado en el caso de un no TLC, debido a que es NMF Free.

⁸ El trigo es el principal producto agrícola importado, y EEUU es nuestro principal proveedor.

subsidios a la exportación agrícola, empresas estatales exportadoras y medidas de salvaguardia agrícola.

Asimismo, dispone medidas sobre el mecanismo de compensación del azúcar y consultas sobre el comercio de aves -como el pollo- y del comité de comercio agrícola⁹.

1.1. Subsidios

En lo que a subsidios respecta, el texto señala el objetivo de las Partes a la eliminación multilateral de los subsidios a la exportación; acordándose además que no se aplicarán en el comercio bilateral. Este tipo de subsidios es el único en el que se asumen compromisos en el marco del Tratado. Y aún en este punto, EEUU se reserva el derecho de volver a recurrir a ellos¹⁰.

Como se ha señalado, el sector agrícola es un sector distorsionado tanto por los subsidios como por las ayudas a los productores que los países desarrollados otorgan. Estos, afectan los precios internacionales restándoles competitividad a países como el nuestro.

Sin embargo, el tema de las ayudas internas no es negociado por los EEUU en sus tratados bilaterales, siendo en efecto el aspecto que más influencia tiene sobre los precios internacionales, ya que los principales subsidios otorgados por este país no son a la exportación sino las ayudas al productor.

Según datos de la OCDE, en el 2004 el apoyo a la agricultura de los países desarrollados fue de \$ 377,938 millones, siendo el principal componente de este apoyo el subsidio o apoyo estimado al productor (74% de total).

⁹ Resumen de MINCETUR

¹⁰ Artículo 2.16: “cuando una Parte exportadora considere que un país que no es parte del Tratado está exportando una mercancía agrícola al territorio de otra Parte con el beneficio de subsidios a la exportación”

Cuadro N° 1
EEUU: Subsidios a la Agricultura
Según tipo de programa
(Miles de millones de US\$)

PROGRAMA	2002	(%)	2003	(%)
<i>Apoyo Estimado al Productor</i>				
Sostenimiento de Precios	15,594	17.0%	14,695	15.6%
Pagos según volumen de producción	2,146	2.3%	3,020	3.2%
Pagos según área cultivada	5,830	6.4%	4,293	4.6%
Pagos según derechos históricos	6,516	7.1%	5,229	5.6%
Pagos según utilización de insumos	6,919	7.6%	7,212	7.7%
Pagos según condicionamientos al uso de insumos	2,044	2.2%	1,972	2.1%
Pagos según los ingresos totales	1,798	2.0%	2,456	2.6%
Otros	0	0.0%	0	0.0%
SUBTOTAL	40,849	44.6%	38,878	41.3%
<i>Apoyo Estimado en Servicios Generales</i>				
Investigación y desarrollo	2,609	2.8%	2,687	2.9%
Escuelas agrícolas	0	0.0%	0	0.0%
Servicios de inspección	751	0.8%	768	0.8%
Infraestructura	3,840	4.2%	3,976	4.2%
Marketing y promoción	17,241	18.8%	19,884	21.1%
Stock públicos	119	0.1%	129	0.1%
Otros	2,174	2.4%	2,174	2.3%
SUBTOTAL	26,735	29.2%	29,618	31.5%
<i>Transferencia a los consumidores</i>				
	23,962	26.2%	25,580	27.2%
TOTAL	91,545	100.0%	94,076	100.0%

Elaboración propia en base a datos OECD

El cuadro anterior, elaborado a partir de información recogida de la OECD, ilustra como en los últimos años, el apoyo de los EEUU a su sector agrícola se ha incrementado. Estas ayudas se dan a través de distintos programas, y los que concentran la mayor cantidad de recursos son: Marketing y promoción, Pagos según utilización de insumos, y el de Sostenimiento de Precios.

En cuanto a productos, tenemos que los más beneficiados o subsidiados son los productores de Leche, Maíz, y Semillas oleaginosas.

Cuadro N° 2
EEUU: Apoyo estimado al productor
 SEGÚN TIPO DE PRODUCTO
 (Miles de millones US\$)

Apoyo Estimado al Productor				
<i>Producto</i>	2002	(%)	2003	(%)
Trigo	3.2	7.8%	2.6	6.7%
Maíz	5.3	12.9%	4.3	11.2%
Otros granos	0.8	1.9%	0.7	1.8%
Arroz	0.9	2.2%	0.7	1.8%
Semillas oleaginosas	2.5	6.1%	4.0	10.4%
Azúcar	1.2	2.9%	1.3	3.4%
Leche	9.8	23.8%	10.9	28.3%
Carne vacuna y de ternera	1.3	3.2%	1.1	2.9%
Carne ovina	0.1	0.1%	0.0	0.1%
Lana	0.0	0.0%	0.0	0.0%
Carne de cerdo	0.4	1.0%	0.4	1.0%
Carne de aves	0.7	1.7%	0.7	1.8%
Huevos	0.2	0.5%	0.2	0.5%
Otros	14.8	36.0%	11.6	30.1%
Total	41	100.0%	39	100.0%

Elaboración propia en base a datos OECD

Así, el no uso de subsidios a la exportación acordado en el TLC no representa una solución al problema principal, el cual es ocasionado por las ayudas a los productores. De modo que, el marco del acuerdo mantiene la competencia desleal, problema que se acentúa además por la eliminación de mecanismos como la franja de precios que nos protegía en cierta medida de las distorsiones en los precios internacionales.

1.2. Eliminación Arancelaria

La lista de eliminación arancelaria de cada Parte cuenta con las siguientes categorías de eliminación:

- a) Categoría A: dichas mercancías quedarán libres de aranceles aduaneros a partir de la entrada en vigencia de éste Tratado.
- b) Categoría B: serán eliminados en 5 etapas anuales iguales, quedando libres de aranceles aduaneros el 01 de enero del año 5.
- c) Categoría E: serán eliminados en 7 etapas anuales iguales.
- d) Categoría C: serán eliminados en 10 etapas anuales iguales.

A continuación, se presenta una tabla con la desgravación acordada en algunos de los productos.

Cuadro N° 3
Desgravación –Perú
(Algunos ejemplos)

PRODUCTO	DESGRAVACIÓN	CUOTA 1er AÑO
Trigo	Inmediata	
Maíz dulce	Inmediata	
Papas	Inmediata	
Harina de trigo	Inmediata	
Cebada	Inmediata	
Aceites crudos	Inmediata	
Algodón	Inmediata	
Harina de maíz	10 años lineal	
Carne de la especie porcina (fresca o refrigerada)	5 años lineal	
Carne bovino tipo estándar	12 años lineal	800 TM
Aceite refinado de soya	10 años lineal	7,000 TM
Fructuosa de maíz	5 años lineal	
Maíz amarillo	12 años lineal	500,000 TM
Arroz	16 años lineal (4 de gracia)	55,500 TM
Pollo –cuartos traseros	17 años lineal (8 de gracia)	12,000 TM
Leche en polvo	17 años lineal (10 de gracia)	4,630 TM

Elaboración propia en base al texto del Acuerdo

Asimismo (como se observa también en la tabla anterior), en el acuerdo se han definido cuotas para una serie de productos considerados sensibles, de modo que la importación de éstos no deberá exceder la cantidad especificada para cada uno de los años (Cuadro N° 4).

Según argumenta el MINCETUR, la negociación ha sido exitosa para los productos sensibles lográndose períodos más largos de desgravación, y cuotas iniciales que no estarían afectando la producción nacional de manera importante.

Por ejemplo en el caso de lácteos, indica que debido a que la producción nacional de leche evaporada asciende a 300.000 TM y la de leche pasteurizada a 50.000 TM; la cuota de importación de leche en polvo, representa menos del 1.5% de la producción nacional.

En los casos de otros productos sensibles como arroz, carne bovina, y carne de ave; sostiene también que se estaría cautelando la producción doméstica porque la cuota inicial representa el 5.6%, 7%, y 4%, de lo producido en el país, respectivamente.

Cuadro N° 4
Cuotas Establecidas por Perú

Año	Cantidad (Toneladas Métricas)										
	Variedades de Carne de Bovino	Aceite Refinada de Soya	Maíz Amarillo	Yogurt	Mantequilla	Helado	Prod. Lácteos Proce.	Arroz	Leche en Polvo	Queso	Cuartos Traseros de Pollo
1	10,000	7,000	500,000	70	500	300	2,000	55,500	4,630	2,500	12,000
2	10,600	7,350	530,000	77	550	330	2,200	78,440	5,186	2,800	12,960
3	11,236	7,718	561,800	85	605	363	2,420	83,146	5,808	3,136	13,997
4	11,910	8,103	595,508	93	666	399	2,662	88,135	6,505	3,512	15,117
5	12,625	8,509	631,238	102	732	439	2,928	93,423	7,285	3,934	16,326
6	13,382	8,934	669,113	113	805	483	3,221	99,029	8,160	4,406	17,632
7	14,185	9,381	709,260	124	886	531	3,543	104,970	9,139	4,935	19,042
8	15,036	9,850	751,815	136	974	585	3,897	111,269	10,235	5,527	20,566
9	15,938	10,342	796,924	150	1,072	643	4,287	117,945	11,464	6,190	22,211
10	Ilimitada	Ilimitada	844,739	165	1,179	707	4,716	125,021	12,839	6,933	23,988
11			895,424	182	1,297	778	5,187	132,523	14,380	7,765	25,907
12			Ilimitada	200	1,427	856	5,706	140,474	16,106	8,696	27,980
13				220	1,569	942	6,277	148,903	18,038	9,740	30,218
14				242	1,726	1,036	6,905	157,837	20,203	10,909	32,635
15				Ilimitada	Ilimitada	Ilimitada	Ilimitada	167,307	22,627	12,218	35,246
16								Ilimitada	25,343	13,684	38,066
17									Ilimitada	Ilimitada	Ilimitada

Elaboración propia en base al Apéndice 1 del Capítulo 2 del TLC con los EEUU

Cabe señalar que si bien en la carne bovina existe una desgravación a 12 años con cuota para el tipo estándar, para las carnes cortes premium el plazo de desgravación es inmediato.

Asimismo, se debe señalar que el peligro de la importación de productos sensibles no se debe sólo a la cantidad que represente en relación a lo producido a nivel nacional. El peligro, está en los precios a los que estos productos ingresarían, los cuales afectarían los precios de mercado y por ende los ingresos de los productores locales, a quienes de forma creciente (por el incremento de las cuotas) se les estaría desplazando del mercado al no poder competir, con precios que están influenciados por los subsidios que EEUU mantiene¹¹.

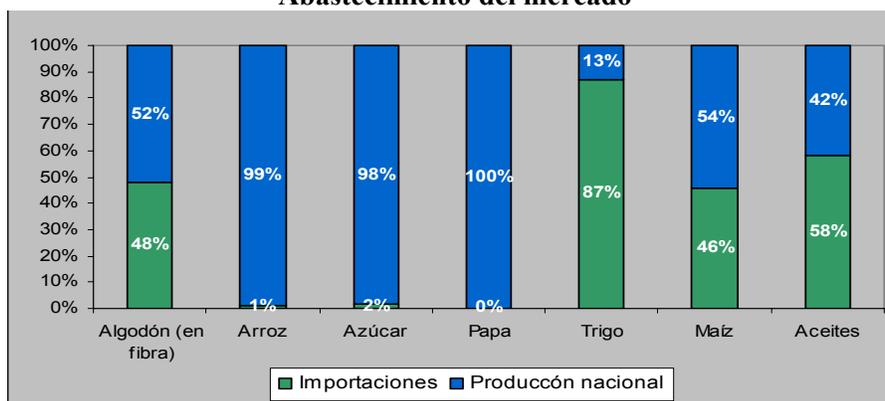
Los subsidios que EEUU otorga a sus productores, son claramente señalados por los estudios de cadena productiva realizados por el IICA y el MINAG. Asimismo, estos estudios advierten peligros para el sector lácteo (al dismantelar la protección de franja de precios), y para los productores de carne de ave, bovina, y porcina; debido a la importación de cortes que son subvaluados en el mercado estadounidense, lo cual podría incluso afectar el conjunto del mercado nacional (Anexo N° 2).

Otro argumento utilizado por el MINCETUR es el del proveedor relevante. Se ha dicho que al no ser EEUU nuestro principal proveedor de productos sensibles, no representa un peligro la apertura de mercado concedida.

Sobre este punto, cabe señalar en primer lugar que el peso de las importaciones en el abastecimiento de los productos sensibles varía.

En el caso del arroz, azúcar y papa, las importaciones no superan el 2% del abastecimiento nacional. Sin embargo, en los casos del trigo, maíz, aceites y algodón, la penetración de las importaciones es bastante importante en el abastecimiento.

Gráfico N° 1
Abastecimiento del mercado

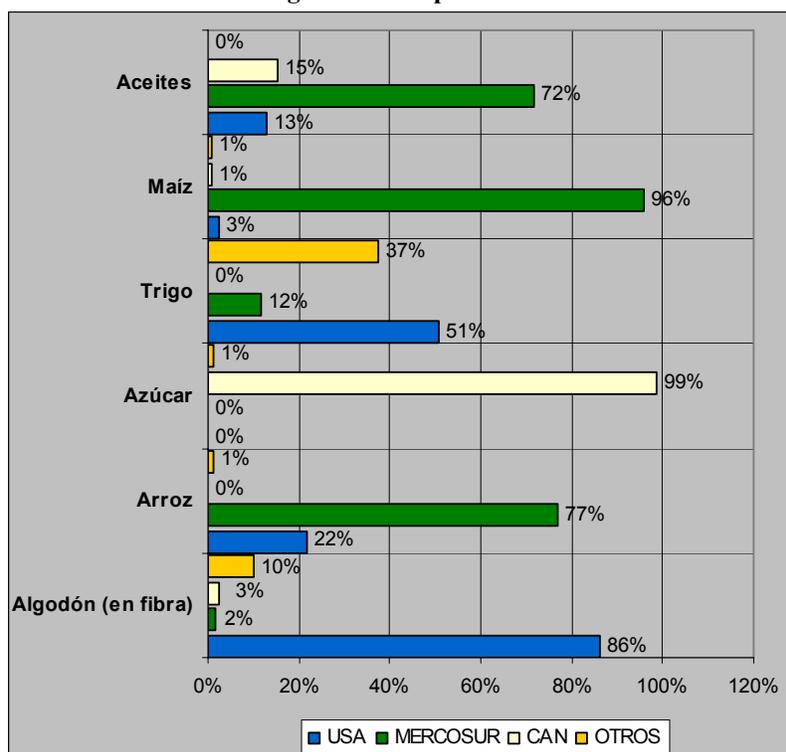


Elaboración propia en base a datos de ADUANAS

¹¹ Por ello es que también es preferible tener Salvaguardia Especial Agrícola activadas por disparador de precio y no de cantidad.

En cuanto al origen de las importaciones, EEUU es nuestro principal proveedor en algodón y trigo; y MERCOSUR lo es en aceites, maíz y arroz. En el caso del azúcar, la mayor parte de las importaciones proceden de la CAN. La papa es el único producto sensible que no importamos (sólo derivados).

Gráfico N° 2
Origen de las importaciones



Elaboración propia en base a datos del MINAG

Así, para los productores de algodón y trigo; EEUU representa una clara amenaza. Es nuestro principal proveedor, la desgravación es inmediata, y mantienen una producción subsidiada; todos factores en contra de los productores locales.

Cabe señalar que el algodón subsidiado que importamos, no sería competitivo frente al nuestro de no contar con tal mecanismo¹², debido a que el costo de producir un quintal de algodón Pyma en EEUU es de US\$ 134, mientras que el Pyma peruano se produce a US\$ 85 el quintal¹³. Un indicador relevante, que nos da una idea de la ayuda percibida por los algodoneros de los EEUU, es el coeficiente de de asistencial nominal al productor (NAC), el cual es la tasa entre los ingresos de los productores con subsidios y estos mismos sin subsidios. El NAC para el caso del algodón es del 71%, es decir que el ingreso de los productores supera en esta proporción el ingreso que percibiría sin ayudas¹⁴.

¹² Según el ICAC, el costo del programa de subsidios norteamericano para el algodón pyma fue de US\$ 48.5 millones en el 2003/2004 y US\$ 205 millones en el 2004/2005.

¹³ Federico León y León Representante de la Asociación Nacional de Productores de Algodón

¹⁴ Ministerio de Agricultura de Colombia. Documento de Trabajo N°10

Según Federico León, dirigente de ANPAL, con la desgravación inmediata el único sector de la cadena que se beneficiaría es el Textil –compran el quintal de algodón a US\$ 85, mismo que se transforma en el proceso en US\$ 1380, (US\$ 30 por Kg. de prenda)– a costa de las cuantiosas pérdidas del sector agrícola (se generan 125 empleos por hectárea, y actualmente existen más de 80,000 hectáreas cultivadas).

Para los productores de aceites, maíz y arroz, la principal amenaza es MERCOSUR, pero con el TLC de por medio dichas importaciones podrían ser desplazadas por las de EEUU. Más aún si el maíz y el arroz pierden, además de la protección arancelaria, el mecanismo de franja de precios; y porque los aceites en bruto ingresan con cero arancel desde un primer momento. Sin embargo, el principal problema para la producción local no es el cambio o desplazamiento de proveedor, sino los nuevos precios que se formen en el mercado. Con el mayor ingreso de producción estadounidense, la competencia con los actuales proveedores afectará el precio, y en consecuencia el ingreso de los agricultores nacionales.

Las importaciones de azúcar proceden de la CAN, pero el peligro aquí no es el desplazamiento de proveedor sino el desplazamiento de productos: el reemplazo de azúcar por fructuosa de maíz¹⁵. Este es un punto muy importante de tomar en consideración. En el NAFTA, México no consideró la desgravación de fructuosa como relevante para su sector azucarero, sin embargo, éste luego sufrió las consecuencias del desplazamiento¹⁶.

La papa es el único producto sensible que no importamos, pero como es argumentado por CONVEAGRO, este producto podría enfrentar problemas de sustitución por productos derivados del trigo de menor costo.

De esta forma, los argumentos que destacan que EEUU no es nuestro principal proveedor, no consideran que la desgravación a un país que subsidia pero no es proveedor dominante, podría causar una desviación de comercio a favor del mismo; desplazando incluso las importaciones procedentes del MERCOSUR o la CAN. Recordemos que en el caso de los países del MERCOSUR y de los de la Comunidad Andina, mantenemos preferencias arancelarias establecidas tanto por el acuerdo de Cartagena, como por los ACEs firmados en el marco de la ALADI. Ello les permite exportar a nuestro país con ciertas concesiones, las cuales les otorgan ventajas frente a terceros países. Sin embargo, estas se verían diluidas con la firma del TLC.

Con la entrada en vigencia del Tratado, las exportaciones de los EEUU ingresarían al Perú con cero arancel, según los plazos de desgravación establecidos. Lo cual, puede ser perjudicial para nuestros productores como lo demuestran los resultados de algunos estudios. La Secretaría General de la CAN, señala que los productores de cereales, trigo, lácteos, arroz procesado, semillas oleaginosas, entre otros, verían su producción afectada de forma negativa. El propio MINCETUR¹⁷ también encuentra que productos como el trigo, el

¹⁵ Como se había mencionado, la fructuosa de maíz es un sustituto del azúcar en la industria.

¹⁶ El tema de la fructuosa en el NAFTA ha sido muy controvertido. Condujo a la imposición de cuotas de importación por parte de México ante la destrucción de varios de sus ingenios, las que luego fueron apeladas con éxito por EEUU ante la OMC.

¹⁷ MINCETUR. *Análisis del Impacto del Tratado de Libre Comercio Perú – EEUU*. Octubre 2005

arroz procesado y el algodón se verían perjudicados por el acuerdo (mayor detalle en el Anexo 1).

Para el caso particular del trigo (producto perjudicado según los dos estudios arriba mencionados), el IICA simuló la caída a cero de los aranceles –escenario que se dará desde la puesta en vigencia del Acuerdo–, obteniendo como resultados una caída de los precios de importación de 14.5% y de 5.9% en los precios al productor. Mientras que en el caso del azúcar (señalado como sector exportador por MINCETUR) un estudio de GRADE, señala que de darse una apertura comercial en la cual se mantienen los subsidios, seguiríamos siendo importadores netos (Anexo 2).

Así, el TLC diluirá las preferencias que los países de la CAN y el MERCOSUR tienen en nuestro mercado, y más aún las importaciones procedentes de los EEUU tendrían mayores ventajas debido a los subsidios y ayudas internas que otorgan a sus productores. Además, los subsidios de EEUU afectan los precios de los commodities agrarios, independientemente de su importancia como proveedor. De modo que, EEUU aún no siendo nuestro principal proveedor en estos momentos podría serlo en un futuro próximo.

Por último, cabe resaltar que el Perú se ha comprometido a extender a los EEUU las condiciones de acceso más favorables que se otorguen en futuros Acuerdos. Los productos sujetos a este compromiso están agrupados alrededor de la leche, el maíz, el arroz, las carnes (bovino, aves, y cerdos) y algunos derivados de los mismos (139 partidas arancelarias).

1.3. *Medidas de Salvaguardia Agrícola*

“Una parte podrá aplicar una medida en la forma de un impuesto de importación adicional sobre una mercancía agrícola listada en el Cronograma de dicha Parte”
(Anexo 2.18).

Esta salvaguardia especial agropecuaria (SEA) establecida en el Tratado, es activada según volúmenes (cantidad), y no por precios, por lo cual no sería un sustituto eficaz a la protección otorgada por el mecanismo de la Franja de Precios.

El en caso de Perú, se aplicará la SEA por volumen para 36 productos sensibles, los cuales se observan a continuación.

**Cuadro N° 5
Lista de Perú**

Bienes	Calificación de Tarifa	Nivel de activación
Carne de res de calidad estándar	02013000B, 02022000B, 02023000B	150% de TRQ
Cuarto de trasero de pollo	02071300A, 02071400A, 16023200A	130% de TRQ
Arroz	10061090, 10062000, 10063000, 10064000	130% de TRQ
Leche en Polvo	04021010, 04021090, 04022111, 04022119, 04022191, 04022199, 04022911, 04022919, 04022991, 04022999, 04029110, 04029190, 04029910, 04029990	130% de TRQ
Mantequilla y productos lácteos para untar	04051000, 04052000, 04059020, 04059090	130% de TRQ
Queso	04061000, 04062000, 04063000, 04064000, 04069010, 04069020, 04069030, 04069090	130% de TRQ

Para cada mercancía enumerada en la Lista, el nivel de activación de protección agraria está representado como un porcentaje del contingente arancelario aplicable. El nivel de activación deberá ser determinado multiplicando el volumen de la cuota para dicha mercancía en dicho año.

Como se puede notar, no se estableció Salvaguardia Especial Agrícola para productos sensibles como el maíz, el trigo, el algodón, el azúcar, y las oleaginosas. De modo que, estos productos quedarían del todo desprotegidos, siendo más acentuado el caso de aquellos que por el momento cuentan con el mecanismo de franja de precios (maíz y azúcar).

Dicha medida de salvaguardia se podrá aplicar durante cualquier año calendario, sobre una mercancía agrícola cuya cantidad de importación exceda el nivel de activación definido (Cronograma - Anexo 2.18.). No se podrá aplicar una salvaguardia:

- (a) en la fecha o después de la fecha en que dicha mercancía esté sujeta a un tratamiento libre de aranceles, o
- (b) que aumente el nivel del arancel dentro del contingente para una mercancía sujeta a un contingente arancelario.

La salvaguardia agrícola, sólo se podrá mantener hasta el fin del año calendario en el cual se impone.

Según argumentos plausibles de CONVEAGRO, la SEA acordada no sería un mecanismo eficaz por 4 razones:

1. Su activación es independiente del precio de importación.
2. Sólo permite la restitución de los aranceles originales (la suma de la SEA y el arancel aplicable no deberá exceder la tasa NMF).

3. Sólo se aplica durante el período de desgravación.
4. Los derechos adicionales aplicables por salvaguardia serán decrecientes¹⁸.

Por su parte, EEUU incluyó en su lista la leche condensada y la leche evaporada, y los quesos.

1.4. Otras Medidas

Mecanismo de Compensación del Azúcar

En cualquier año, EEUU podrá a su escogencia, aplicar un mecanismo que compense a los exportadores de mercancías con alto contenido de azúcar¹⁹, en lugar de acordar un tratamiento libre de aranceles para alguna o toda la cantidad de mercancías libre de aranceles establecida en su Lista (Anexo 2.3).

Tal compensación deberá ser equivalente a las rentas económicas estimadas que los exportadores del Perú habrían obtenido por las exportaciones a los EEUU y será otorgada en un plazo de 30 días.

Consultas sobre el Comercio de Pollo

Las Partes consultarán y revisarán la implementación y operación del Acuerdo, en lo relacionado con el comercio de pollo, en el año 9 después de la entrada en vigencia del Acuerdo.

1.5. Comité de Comercio Agrícola

Las partes se comprometieron a establecer un Comité de Comercio Agrícola, a más tardar 180 días después de la entrada en vigencia del Acuerdo

Este, debe constituir un foro para monitorear y promover la cooperación en la implementación y administración de este Capítulo; consultar sobre asuntos relacionados al mismo, y desarrollar cualquier trabajo adicional que la Comisión pudiera asignar.

1.6. Franja de Precios

“Perú no deberá aplicar ningún sistema de banda de precios (Sistema de Franjas de Precios) a mercancías agrícolas importadas de los Estados Unidos.” (Apéndice I nota 2a.)

¹⁸ Los períodos de desgravación se segmentan en dos partes: en la primera, un año calendario, se suspende la aplicación del arancel preferencial; en la segunda, sólo se podrá fijar un derecho adicional equivalente al 50% de la diferencia entre el arancel vigente y el NMF.

¹⁹ Una mercancía de azúcar significa una mercancía establecida en los códigos arancelarios enumerados en el sub-párrafo 5(c) del Apéndice I a la Lista de Estados Unidos al Anexo 2.3 (Eliminación Arancelaria)

Como se lee en el Tratado, Perú se está comprometiendo explícitamente a renunciar al mecanismo de Franja de Precios frente a los EEUU, lo cual significa una reducción significativa del nivel de protección de los productos considerados en este régimen (arroz, maíz amarillo, lácteos y azúcar). Los deja expuestos a las variaciones de los costos de importación.

Cabe notar que, las condiciones acordadas en este punto son menos favorables a las obtenidas por Chile, que logró por lo menos preservar su sistema de franja de precios por un período de 12 años.

1.6.1. Los Productos en franja de precios

Una característica importante del comercio de productos agrícolas, es la gran fluctuación de los precios internacionales. Ello es fuente de inestabilidad de los precios internos cuando el producto se importa, ocasionando incertidumbre en los productores e inestabilidad en la producción. Los Sistemas de Franjas de Precios buscan dar estabilidad a los precios agrícolas, reduciendo la volatilidad.

Los precios de los productos alimenticios en los países desarrollados, cuentan con el respaldo de los subsidios y las ayudas internas²⁰. Nuestro país se comprometió ante la OMC a no invocar la salvaguardia agropecuaria, ni aplicar subsidios a la exportación o a la producción interna, limitando así su margen de protección. Así, *la franja de precios es nuestro único mecanismo de protección.*

La franja de precios permite predecir el precio de la nacionalización de los productos importados, y otorga transparencia a su cálculo. También, permite que las empresas cuenten con precios estables, ya que neutraliza las fluctuaciones de los precios internacionales. Al mismo tiempo, contribuye a mejorar la competitividad de los productores nacionales, ya que al fijar las reglas del mercado los agentes nacionales pueden planificar una mejor eficiencia de la producción.

En el sistema peruano de franja de precios se incluyen cuatro productos marcadores: *Arroz, Maíz, Leche, y Azúcar*. Los cuales a su vez, involucran un determinado número de subpartidas, siendo en total *29 partidas* las protegidas por la franja de precios.

Los productos agrícolas incluidos en la franja, *representan* en conjunto *688 mil hectáreas cultivadas*, lo cual es aproximadamente 8 veces el área que ocupan los cultivos de exportación. En términos de empleo, solamente los generados por el cultivo de arroz, casi duplican los empleos del producto de exportación más promisorio, como lo es el espárrago (90 mil empleos vs. 50 mil). En total, los productos en franja generan *aproximadamente 176 mil empleos*. Estos cultivos se localizan mayoritariamente en la costa, pero también en algunas zonas de sierra.

²⁰ A pesar de los acuerdos sobre el comercio de alimentos vigentes desde la Ronda Uruguay

La importancia relativa de las importaciones de estos productos para abastecer la demanda interna es casi insignificante, lo cual quiere decir que hemos alcanzado prácticamente el autoabastecimiento. La excepción es el maíz; casi la mitad de la demanda interna se satisface con importaciones (46%).

En el caso del sector lácteo, Miguel Caillaux²¹ manifestó que el sector ha podido desarrollarse en los últimos años gracias a la franja de precios, que permitiría dentro de tres años alcanzar el autoabastecimiento. Rolando Piskulich (ADIL), también destacó el gran avance del sector, que de importar 40,000 TM de leche en polvo (año 2000) pasó a importar la cuarta parte. Al firmarse el TLC la competencia por precios perjudicaría a los productores nacionales, ya que el sector sólo podría soportar una reducción de precios menor a 5%. De modo contrario, deberían tener un precio de 15 centavos de dólar para ser competitivos, pero sus costos actuales son de 22 centavos de dólar.

Actualmente, el sector cuenta con una adecuada protección arancelaria y con la franja de precios. De no tomarse las medidas correspondiente se vería perjudicada la producción²² (3 millones de litros al año), y en consecuencia el empleo (alrededor de 60,000 empleos). Añadió que ante la firma de un TLC, los productores nacionales no podrían competir. Los industriales lácteos no se perjudicarían, porque en vez de acopiar leche se dedicarían a importarla –lo cual significaría incluso una reducción en sus costos-; pero sí se estaría perjudicando a las miles de familias de las cuencas lecheras.

La mayor preocupación del sector, era que se mantenga la franja de precios, pero una franja de precios mejorada. Como sabemos, la franja de precios ha sido eliminada.

La situación del arroz es similar, la franja de precios en los últimos años ha otorgado estabilidad a los productores nacionales, permitiéndoles incrementar su producción. De ser eliminada, la producción nacional no sería competitiva, y perdería el terreno recuperado en los últimos años. Según Luis Zúñiga²³, la pérdida sería total, ya que ninguna de las regiones arroceras estaría en situación de competir en precios con las importaciones.

La situación del azúcar es distinta. Según Freddy Flores²⁴, con la eliminación de la franja de precios, esta actividad no sufriría mayores impactos. EEUU no es nuestro principal proveedor, y somos competitivos frente a sus exportaciones. Sin embargo, el mecanismo es importante para este rubro.

La implementación de la franja de precios “revivió” la actividad azucarera, que se encontraba en una situación precaria desde los 70s; permitiéndonos actualmente autoabastecernos e incluso exportar a los EEUU, dentro de la cuota establecida.

Debido al rol de este mecanismo, era importante mantenerlo por tres razones: 1) EEUU subsidia ampliamente su sector agrícola, siendo el azúcar uno de los productos más

²¹ Representante de la Sociedad Ganadera “El Sequión”, y miembro de CONVEAGRO

²² En el Anexo 2, los estudios de cadenas productivas del MINAG, también señalan la importancia de la franja de precios para este subsector.

²³ Presidente de CONVEAGRO

²⁴ APPAB

protegidos. Ello genera distorsiones en los precios internacionales, y la franja nos protege de estas situaciones de incertidumbre. 2) El hecho de mantener la franja de precios en este TLC, hubiera marcado un precedente de lo que el Perú negociará en otros tratados. 3) El problema de la sustitución de azúcar por fructuosa en la industria de alimentos. Como se sabe, en la desgravación acordada, la fructuosa de maíz ingresa libremente a partir del año 5 del acuerdo, lo que podría desplazar gran parte de la producción nacional absorbida por la industria.

Cuadro N° 6
Importancia Relativa de las Importaciones (miles de Tm)

Producto	Producción Interna	Volumen Importado	Demanda Interna total	Participación de las importaciones
Arroz	1,475	16	1,491	1%
Azúcar	681	11	692	2%
Maíz Amarillo Duro	1,098	924	2,022	46%
Lácteos	385	13	398	3%

Fuente: IICA

Como se mencionó, la franja involucra un total de 29 subpartidas arancelarias. En el caso de la Leche, el arancel aplicado al producto marcador es de 20% ad-valorem y una sobretasa de 5%; en el caso del Maíz, el arancel ad-valorem es de 12% (no tiene sobretasa), al Arroz se le aplica un arancel de 20% más una sobretasa de 5%, y por último, al Azúcar se le impone un ad-valorem de 20% y una sobretasa de 5%.

La tasa por tonelada aplicada por concepto de franja es variable; depende del nivel en el que se encuentre el precio. El precio CIF referencial de la franja es publicado cada 15 días, de modo que es aplicado a las importaciones efectuadas en dicho período. Durante un año, el monto aplicado puede variar ampliamente entre períodos.

En la tabla siguiente, se ha calcula un promedio del DEV aplicado en el 2003. Esto no quiere decir que todas las importaciones realizadas en tal año pagaron esa tasa. Sin embargo, sirve de referencia para ver su peso.

Cuadro N° 7

Producto	Precio CIF / 1	Ad-Valorem	Sobretasa	DEV / 2	Precio después de aranceles	Peso del DEV	Peso total de la protección en frontera
Arroz	321	64	16	104	505	32%	57%
Maíz	130	16	0	0	146	0%	12%
Leche	1821	364	91	344	2620	19%	44%
Azúcar	249	50	12	197	508	79%	104%

1 Valores tomados de la FAO

2 Derecho específico variable promedio del 2003

Vemos que el rango de los 4 productos es muy variable. En el caso del Maíz, la franja no fue activada, en el caso del Azúcar se alcanza un máximo de 79%, mientras que en los casos del Arroz y la Leche representó una protección de 32% y 19%, respectivamente.

En la última columna se aprecia el “arancel efectivo”²⁵ aplicado a los productos de franja. Este, se encuentra por debajo del consolidado en OMC (68%). La excepción se da en el Azúcar, donde el monto adicional por franja es de 79%, lo cual sumado al arancel establecido llega a representar un 104%. Así, *la franja de precios no constituye una herramienta “ilegal” de protección, ya que no viola lo consolidado en OMC.*

Dado que existen costos de internamiento al país de los productos importados, cabe hacer una observación sobre las variaciones en precios que ocurrirían de eliminarse tanto los aranceles, como el DEV. Los costos de internamiento además de los aranceles involucran otros pagos tales gastos administrativos y el IGV, por ejemplo. En un contexto de desgravación, estos costos adicionales no cambiarían ya que sólo se trata de reducciones arancelarias o de protección en frontera. Teniendo ello en cuenta, los precios de los productos importados puestos en almacén solo cambiarían en el monto del arancel y la tasa aplicada por franja.

Cuadro N° 8

Precio del Producto Importado					
<i>Producto</i>	<i>Precio Actual luego de aranceles</i>	<i>Eliminando aranceles (1)</i>	<i>Eliminando aranceles y franja (2)</i>	<i>Variación de precio (1)</i>	<i>Variación de precio (2)</i>
Arroz	505	425	321	-15.87%	-36.53%
Maíz	146	130	130	-10.71%	-10.79%
Leche	2,620	2165	1821	-17.37%	-30.50%
Azucar	509	447	249	-12.24%	-51.02%

Por ejemplo, en el caso del arroz, el precio actual luego de aranceles es de US\$ 505 por tonelada. Suponiendo un escenario de eliminación sólo de aranceles, este precio caería en 16%; en un escenario que incluya además la eliminación del DEV, la variación del precio sería de -37%. Como se muestra en la tabla, el precio del Azúcar importada podría llegar a caer en 49%, el del Arroz en 37%, en 11% en el caso del Maíz y en 31% en el caso de la Leche. En esta situación, nuestros productos pierden competitividad ante las importaciones. En este escenario, se perjudicaría no sólo la producción, sino también las miles de familias que viven de estas actividades.

Además de este ejercicio, para fines ilustrativos, se realizó un ejercicio que simula los cambios en producción y área cultivada a raíz de la eliminación de aranceles y franja de precios, tanto para el corto como para el largo plazo.

Este ejercicio consideró tanto productos en franja como el arroz, y el maíz, y otros que no lo están pero son particularmente relevantes, como el trigo y el algodón. En grandes líneas los resultados fueron los siguientes (mayores detalles en el Anexo N° 3):

Corto Plazo

- Las variaciones en área cultivada a raíz del cambio en aranceles son pequeñas, observándose reducciones entre 3 y 11%, en tanto que la producción cae entre 2 y 11%.

²⁵ Ad-valorem + sobretasa + DEV

- En caso de eliminarse además la franja, la producción de arroz tiene una caída adicional de 6%, mientras que el área sufre un cambio adicional de -7%. (el maíz no tiene cambio debido a que la franja no se activó).

Largo Plazo

- El área cultiva sufre caídas que van desde un 8% (maíz) hasta un 61% (trigo). La producción se reduce entre 5 (maíz) y 47% (trigo).
- Al eliminarse la franja, el arroz tiene una caída adicional de 20%, tanto en área cultivada como en producción.

1.6.2. Efecto Estabilización y Efecto Protección

Utilizando la metodología de un estudio del Ministerio de Agricultura de Colombia²⁶; se calcula el efecto estabilización y el efecto protección de la franja de precios.

El efecto estabilizador, es medido como la disminución porcentual en el coeficiente de variación del costo de importación por efecto de la Franja de Precios. Aquí, se toma en cuenta la variación tanto de los precios internos (precio al producto), como la variación de los precios internacionales. De modo que, el efecto estabilizador muestra como el sistema está funcionando para suavizar las fluctuaciones. Este efecto ha sido positivo en todos los productos marcadores, logrando el objetivo de reducir la volatilidad, entre un mínimo de 30% (azúcar rubia), y un máximo de 91% (leche).

El efecto protección, equivale al promedio ponderado de los derechos adicionales del Sistema de Franjas de Precios. El efecto protección indica en qué porcentaje aumenta el costo unitario de importación por efecto del DEV. Todos los marcadores tuvieron un efecto protección positivo en el período 1999-2002, aunque el grado de protección varía. En el caso de la Leche el efecto fue de 35%, mientras que para el azúcar alcanzó un efecto promedio de 82%, siendo el efecto mayor en el caso del azúcar rubia. El producto que tuvo el mayor efecto protección fue el Arroz con 96.7%.

Cuadro N° 9
Efectos del Sistema de Franjas de Precios sobre el costo de importación
Promedio Período 1999-2001

Producto	Efecto Estabilización	Efecto Protección
Azúcar Blanca	43.26%	71.50%
Azúcar Rubia	30.01%	93.30%
Leche	91.48%	34.56%
Arroz	74.90%	96.67%
Maíz	44.24%	56.03%

El estudio de Colombia hace este análisis en el caso de los subsidios aplicados por EEUU, obteniendo lo siguiente:

²⁶ El Agro Colombiano Frente al TLC con los Estados Unidos

Cuadro N° 10
Efectos del ESP de EEUU sobre el ingreso de los productores

Producto	Efecto Estabilización	Efecto Protección
Caña y Remolacha	82.00%	100.00%
Leche	10.00%	94.00%
Arroz	63.00%	42.00%
Maíz	59.00%	26.00%

Comparativamente, tenemos que el efecto Protección es mayor para el caso de la leche y de la caña²⁷. Sin embargo, en el caso del Maíz y el Arroz la protección otorgada por la franja de precios es superior.

El efecto de estabilización, en EEUU es mayor en los casos del azúcar y del maíz, en tanto que en los otros dos productos la franja genera un mayor efecto. No obstante, en la situación de la firma del TLC, la protección de la franja se pierde, en tanto que los productores de los EEUU mantendrían sus diversos mecanismos de protección.

El efecto más notable de la política estadounidense de sostenimiento de los ingresos, es el de permitir que los precios internos de mercado (pagados a los productores) disminuyan incluso a niveles por debajo de los costos de producción, sin que los productores sean afectados (son compensados con pagos directos). Debido a ello, las exportaciones pueden competir en los mercados internacionales, sin necesidad de subsidios directos a la exportación (prohibidos en OMC). De modo que, vale la pena notar que los subsidios internos estadounidenses, constituyen “subsidios indirectos” a las exportaciones. Por ello, no ha tenido mayores problemas al reducir sus subsidios a las exportaciones, más sí se ha negado a eliminar sus ayudas internas.

Cuadro N° 11
Relación entre costos de producción y precios internacional en los EEUU
(Promedio período 2000-2002)

Producto	Costo de producción US\$/T	Precio internacional al productor US\$/T	Pérdida / Precio	ESP / Precio
Remolacha azucarera	250	139	80%	125%
Arroz Paddy	187	100	87%	99%
Leche líquida	369	161	129%	92%
Algodón	1733	842	106%	68%
Trigo	195	113	73%	66%
Sorgo	214	83	158%	64%
Cebada	183	106	73%	57%
Maíz	99	82	21%	34%
Soya	231	175	32%	29%

Fuente: Ministerio de Agricultura de Colombia

²⁷ Haciendo una comparación entre el caso del azúcar y el de la caña y remolacha azucarera que son sustitutos.

2. Productos de exportación vs. Sensibles frente al TLC

El sector Agropecuario está dividido en dos extremos. Por un lado, tenemos a los productos “estrella” con alto potencial exportador. Por otro lado, los “productos sensibles”, que se ven amenazados por las potenciales importaciones.

La estrategia para los productos estrella debe orientarse a lograr acceso a mercados. Ello se refleja en el Plan Agroexportador presentado por MINCETUR, que cuenta con el respaldo de las empresas que participan de la agroexportación.

En el marco del ATPDEA, las exportaciones agropecuarias ocupan el tercer lugar, siendo las exportaciones más importantes las de los sectores minería y textil confecciones. Asimismo, como se señaló, en las exportaciones agrícolas existe una gran concentración. De modo que, son unos cuantos cultivos como espárragos, café y mangos, los que representan el gran crecimiento del sector.

Cuadro N° 12

Composición de las Exportaciones peruanas a EEUU bajo el ATPDEA (2003)		Exportamos a EEUU en el 2003 (millones)	
Minería y Petróleo	42.3%	Espárragos	\$93
Textil y Confecciones	36.1%	Café	\$55
Agropecuario	12.2%	Maderas	\$46
Joyería y Otros	5.6%	Mangos	\$17
Químico	1.9%	Azúcar de Caña	\$14
Sidero - Metalúrgico	1.9%	Cebollas	\$11

La estrategia para los productos sensibles, debe orientarse a proteger la agricultura tradicional, considerando que enfrentan competencia desleal de productos que se encuentran distorsionados por las políticas de los países desarrollados (subsidios y ayudas internas a los productores).

El peso de los productos sensibles frente a los productos con potencial exportador dentro de la agricultura nacional es discutible, ya que se presentaran diferencias según la clasificación de productos que se emplee.

Estas diferencias radican principalmente en la clasificación que se le dé a cultivos como el café, el azúcar (caña de azúcar), o la papa.

Considerando como cultivos sensibles al arroz, azúcar, maíz, trigo, papa, algodón, y la palma; y como cultivos de exportación al espárrago, mango, alcachofa, páprika y los cítricos; según datos del 2003, podemos apreciar que los productos sensibles son más representativos, tanto en área –con una extensión más de 10 veces mayor a la ocupada por los cultivos de exportación– como en valor de producción y número de productores.

Respecto al número de productores y de empleo generado por el sector, mucho se ha dicho sobre el gran número de puestos de trabajo generados por la agroindustria, y la potencialidad del sector de generar empleo. Sin embargo, Seminario y Molina quienes analizan tanto la creación de empleo a través de las exportaciones, como la pérdida del mismo a causa de las importaciones, obtienen que en el sector Agrícola las exportaciones crearían 38,196 puestos de trabajo. En tanto, las importaciones destruirían unos 28,425 empleos. De esta forma, el saldo total sería positivo sólo en 9,770 empleos.

Cuadro N° 13
Cultivos Sensibles - 2003

Sensibles				
Rubro	Área (miles de Ha.)	Valor de la Producción (millones de US\$)	Valor de Importaciones (millones de US\$)	Valor de Exportaciones (millones de US\$)
Arroz	317	349	5	0,04
Azúcar	68	347	3	19,19
Maíz	293	164	117	0,00
Trigo	139	35	210	0,02
Papa	264	440	9	0,14
Algodón	67	89	57	5,40
Palma	9	18	22	0,00
Total	1.156	1.443	422	24,80

Elaboración propia en base a datos del MINAG, PROMPEX y ADUANAS

Cuadro N° 14
Cultivos de Exportación - 2003

De Exportación				
Rubro	Área (miles de Ha.)	Valor de la Producción (millones de US\$)	Valor de Importaciones (millones de US\$)	Valor de Exportaciones (millones de US\$)
Espárrago	18	129	0,00	207
Mango	11	26	0,00	36
Alcachofa	5	2	0,00	7
Páprika	4	4	0,07	22
Cítricos	49	86	0,09	10
Total	87	246	0,16	282

Elaboración propia en base a datos del MINAG, PROMPEX y ADUANAS

Cuadro N° 15
Empleo²⁸

Rubro	Número de productores	Área promedio por productor
Algodón	33.462	2,0
Arroz	90.000	3,5
Azúcar	7.000	9,7
Papa	597.235	0,4
Trigo	150.000	0,9
Maíz	79.000	3,7
Palma	2.181	4,1

Elaboración propia en base a estudios de IICA-MINAG

²⁸ En el caso de la palma el número reducido de productores que se observa se debe a que una sola empresa ocupa aproximadamente el 30% del área total.

Como se señalaba, existen diferencias con otros autores debido a la clasificación. Así, Bustamante, quien divide los cultivos en “exportables”, “no-sensibles”, y “sensibles”; señala que los productores afectados (los de esta última categoría) representan el 41% del área total cosechada (984 miles de Ha.), y el 35% del valor de la producción. Mientras que los productos exportables representan un 23% (552 miles de Ha.) y el 35% del valor de la producción.

La clasificación de Bustamante puede discutirse por las siguientes razones:

- La caña de azúcar –cultivo extensivo– no es considerada como un producto sensible; sino que por el contrario se le incluye dentro de los cultivos “exportables”. Si bien no importamos azúcar desde los EEUU (realizamos exportaciones dentro de una cuota), con el TLC se dejaría libre de aranceles la importación de fructuosa de maíz, sustituto del azúcar en la industria.
- El café –cultivo extensivo– es clasificado como “exportable”. En nuestra opinión debería estar clasificado (en su esquema) dentro de los “no-sensibles” debido a que aún sin TLC se seguiría exportando con arancel cero.
- La papa tampoco es considerada sensible (se le clasifica como “no-sensible”). Este cultivo se considera sensible por otros autores, debido a su sensibilidad indirecta frente al trigo (desplazamiento del consumo).

Por otra parte, haciendo un análisis inverso, CONVEAGRO señala que los únicos beneficiarios del TLC, la agricultura de productos de exportación no tradicional²⁹, representan el 9% del PBI sectorial, el 3% del área cultivada (80,714 Ha.) y el 3% de los productores.

Cuadro N° 16

Tipo	Cultivos	Área		Productores *		PBI
		Ha.	(%)	Número	(%)	(%)
Exportación No Tradicional	Espárrago, mango, páprika, olivo, marigold	80,714	3	52,836	3	9
Agricultura Extensiva	Papa, arroz, maíz amarillo, café, caña de azúcar, algodón	1,371,900	51	1,286,158	73	49
Agricultura de Mercado Interno	Cebolla, tomate, plátano, yuca, maíz, choclo, alfalfa	831,390	31	1,014,993	58	37
Agricultura de Subsistencia	Trigo, cebada, olluco, haba, oca	403,008	15	964,786	55	5
Total		2,687,012	100	1,754,000	100	100

* un productor puede tener uno o más cultivos

Fuente: CONVEAGRO

De esta forma, se podría concluir que el sector beneficiario del acuerdo, en términos de área cultivada, está más cerca del 3% del área total que señalan los productores, que del 23% que argumenta Bustamante y el Jefe Negociador Agrícola del TLC. Siendo el sector de cultivos sensibles, independientemente de la clasificación que se tome, más representativo,

²⁹ Aquellos productos que se beneficiaron del ATPDEA y que podrían perder preferencias

en área, producción y número de productores. Además, es ésta mayor proporción de población la que saldría perjudicada, a cambio de mantener las preferencias de aquel grupo de productores que se auto-consideran competitivos. En tal sentido, quizá sea más conveniente considerar pagar el arancel NMF de EEUU subsidiando a los exportadores perjudicados, que compensar a este extenso grupo de productores agrícolas que resultarían afectados.

2.1. Impacto Regional

Además de clasificar la agricultura nacional en sectores exportadores y sectores sensibles, es importante apreciar la distribución espacial que estos cultivos tienen, a fin de apreciar que regiones del país serían las más afectadas o las más beneficiadas con el Tratado.

Así, a nivel regional se puede apreciar lo siguiente, en cuanto a la participación de los cultivos sensibles y de exportación.

Cuadro N° 17
Importancia relativa de los productos sensibles y de exportación
(miles de soles)

Región	De Exportación	Productos sensibles por región	Total Agrícola por región	Participación de los de exportación en el total regional	Participación de los sensibles en el total regional
Amazonas	74,391	127,510	399,453	18.6%	31.9%
Ancash	21,470	179,324	324,104	6.6%	55.3%
Apurímac	4,232	65,392	146,122	2.9%	44.8%
Arequipa	28,465	183,118	601,188	4.7%	30.5%
Ayacucho	30,717	60,325	241,189	12.7%	25.0%
Cajamarca	4,205	269,994	793,749	0.5%	34.0%
Cusco	97,174	100,429	392,381	24.8%	25.6%
Huancavelica	0	69,093	180,553	0.0%	38.3%
Huánuco	14,111	247,155	399,915	3.5%	61.8%
Ica	331,057	254,607	720,717	45.9%	35.3%
Junín	102,590	146,235	604,799	17.0%	24.2%
La Libertad	202,844	726,988	1,225,797	16.5%	59.3%
Lambayeque	10,075	473,478	688,968	1.5%	68.7%
Lima	147,727	327,647	1,024,377	14.4%	32.0%
Loreto	7,192	64,730	351,904	2.0%	18.4%
Madre de Dios	219	6,339	34,758	0.6%	18.2%
Moquegua	4,449	3,241	47,301	9.4%	6.9%
Pasco	14,481	59,158	148,353	9.8%	39.9%
Piura	74,759	274,299	534,540	14.0%	51.3%
Puno	14,926	200,285	430,333	3.5%	46.5%
San Martín	86,585	208,901	458,070	18.9%	45.6%
Tacna	42,210	8,107	144,648	29.2%	5.6%
Tumbes	436	64,298	81,392	0.5%	79.0%
Ucayali	4,021	25,150	122,185	3.3%	20.6%
Total	1,318,336	4,145,803	10,096,796	13.1%	41.1%

Elaboración en base a datos del IICA

Según ésta tabla construida a partir de un estudio del IICA³⁰, sólo en Ica, Moquegua, y Tacna (todos departamentos de la zona costa) la producción de cultivos de exportación supera a los cultivos sensibles.

En los departamentos de Ancash, Huánuco, La Libertad, Lambayeque, Piura, y Tumbes; la producción de cultivos sensibles supera el 50% del total; además a excepción de La Libertad y Piura en ninguno de estos casos, los cultivos exportables tienen una participación superior al 7% del total producido³¹. Por otro lado, en departamentos como Cajamarca, Huancavelica, y Madre de Dios los cultivos exportables son insignificantes e incluso nulos (Huancavelica).

Por último, en los departamentos de La Libertad, Piura, Pasco, Ucayali, Arequipa, Ancash, Loreto, Puno, Apurímac, Huanuco, Madre de Dios, Lambayeque, Cajamarca, Tumbes y Huancavelica; la producción de cultivos sensibles es marcadamente superior a la producción de cultivos exportables.

Así, este análisis regional, revela que los departamentos de la zona Sierra y Selva serían los más perjudicados con la suscripción del Tratado, e incluso podemos incluir en este grupo a algunas regiones de Costa como es el caso de Lambayeque y la Libertad. En tanto que los departamento beneficiados serían Tacna, Moquegua, e Ica.

El aspecto regional, también es revisado por un estudio de GRADE³² que compara el impacto en bienestar del TLC por región. Los resultados indican que mientras que la zona sierra y selva tienen un balance negativo, el sector de agricultura comercial de la costa se beneficiaría. Si bien anota la limitación del estudio en distinguir cultivos específicos, señala que es probable que la reducción arancelaria ligada al maíz y arroz en la selva y a los lácteos y productos cárnicos en la sierra explique parte importante de la observada reducción de bienestar.

Incluso, en un escenario en el que las tasas de crecimiento de las exportaciones agrícolas alcancen el 7% anual (trayectoria de Chile y México), las ganancias de bienestar obtenidas podrían superar las pérdidas de bienestar en la región costa pero no superarían las pérdidas de bienestar estimadas para el resto de regiones. De modo que, los segmentos de población rural de sierra y selva son altamente vulnerables.

³⁰ IICA. “oportunidades y Desafíos de la Liberalización Comercial para la Agricultura de las Regiones del Perú”. Febrero 2005.

³¹ El caso de Tumbes es el más drástico, ya que la producción exportables sólo asciende al 0.5% del total.

³² GRADE. “Análisis y Propuestas”. Abril, 2006. N° 10

2.2. *Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF)*

Las medidas sanitarias y fitosanitarias constituyen uno de los temas del ámbito OMC, y tienen como fin proteger la salud de los consumidores. En el Acuerdo se reconoce que los gobiernos tienen el derecho de tomar medidas sanitarias y fitosanitarias, las cuales en teoría son justas. Sin embargo, algunos países, especialmente EEUU y la UE, han apelado a estas medidas con fines proteccionistas, aún cuando se inicien con causas justificadas. Un ejemplo de ello, es la Ley sobre el bioterrorismo.

En los EEUU, los reglamentos técnicos y las medidas sanitarias y fitosanitarias constituyen una importante barrera al comercio. Las restricciones aplicadas en la esfera agrícola y agroindustrial son las más destacadas. De este modo, no resulta extraño que sea EEUU el país que más notificaciones sobre medidas sanitarias y fitosanitarias ha dirigido a la OMC en los últimos años: 760 notificaciones de enero de 1995 a octubre de 2003.

La aduana de los Estados Unidos, que desde 2002 pasó a formar parte del Departamento de Seguridad Interior (para reforzar la estrategia de seguridad nacional), es el organismo encargado de hacer cumplir las regulaciones arancelarias y no arancelarias aplicables al ingreso de los productos importados. Dicho organismo puede adoptar severas medidas si un producto no cumple con los reglamentos técnicos o sanitarios, de etiquetado, etc., incluida la denegación de la solicitud de importación.

Otros organismos que aplican disposiciones en la esfera de las medidas sanitarias y fitosanitarias son el Servicio de Bromatología (FSIS) del Departamento de Agricultura; el Servicio de Inspección Zoonosológica y Fitosanitaria (APHIS) del Departamento de Agricultura; y la Agencia de Protección del Medio Ambiente. Lo complicado del tema es que las disposiciones sobre estas materias *son de carácter federal y estatal*, de modo que en algunas ocasiones los exportadores deben cumplir disposiciones expedidas por organismos federales y estatales.

Así, el acceso real de los productos agropecuarios peruanos al mercado estadounidense dependerá de las medidas sanitarias y fitosanitarias que éste país aplique a nuestras exportaciones. Si bien en el Capítulo VI del TLC se ha acordado un cronograma de desgravación comercial, ambos países pueden aún mantener medidas sanitarias y fitosanitarias las cuales podrían limitar el comercio.

El único aporte del Tratado en esta materia lo constituye la creación del Comité Técnico Permanente sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, el cual busca perfeccionar los sistemas de consulta y entendimiento de la aplicación de las medidas sanitarias y fitosanitarias, así como la participación más efectiva en la cooperación y asistencia técnica. El Comité tendrá además, la función de solucionar los problemas que se presenten en el comercio de productos agropecuarios.

El problema es que el organismo especializado de EEUU tiene mayores atribuciones y en la práctica el Comité o las decisiones dependerán de ese país. Si existían ambigüedades, estas

se han disipado con un dispositivo aprobado respecto a la importación de carne (ver cuadro adjunto).

Importación de carne desde los EEUU

Si bien, como fue mencionado, el Capítulo VI (publicado por el MINCETUR) no nos compromete a eliminar ningún tipo de medida sanitaria o fitosanitaria aplicadas al comercio bilateral, fue aprobado mediante Decreto Supremo el levantamiento de las restricciones sanitarias establecidas sobre las importaciones de carne –vacuna y de ave– procedentes de los EEUU.

Esta medida fue tomada sin consulta técnica al SENASA, organismo encargado de esta materia, y aún cuando en los EEUU se ha reportado presencia de las enfermedades de las “vacas locas” y la “gripe aviar”.

Según denuncias de CONVEAGRO esta medida tomada por el gobierno peruano respondería a la suscripción de cartas paralelas al TLC, donde se imponen estas condiciones. De esta forma, el Gobierno cedió al Servicio de Inspección de Seguridad Alimentaria (FSIS) de los EEUU, la potestad de certificación que corresponde al SENASA, sobre las carnes que ingresan al país.

2.3. Costo de un no TLC

El costo de un no TLC considerando un escenario de “mínima”, consiste en asumir que todas las exportaciones pagan el arancel NMF de EEUU, sin tomar en cuenta la pérdida potencial del mercado.

Como se puede apreciar en el siguiente cuadro, las 10 principales exportaciones concentran el 88% de las exportaciones del sector, y el 95% del pago arancelario potencial. La partida más importante (espárragos, 36% de las exportaciones del sector), que hoy ingresa con arancel cero gracias a las preferencias del ATPDEA, tendría que afrontar un arancel de 5% de no mantenerse dichas preferencias.

Asimismo, se observa que de las 10 principales partidas de este sector, 3 de ellas tienen arancel NMF de cero.

El arancel más alto (dentro de este grupo) lo enfrenta la partida Espárragos congelados (arancel ad-valorem de 14.9%).

Cuadro N° 18

AGRO			
10 principales exportaciones			
Partida	Descripción	Exportaciones hacia EEUU 2003	Valor del Arancel NMF
709200000	Espárragos, frescos o refrigerados	79,727,034	3,986,352
901110000	Café sin tostar, sin descafeinar	54,932,811	0
804502000	Mangos y mangostanes, frescos o secos	16,646,019	1,436,974
703100000	Cebollas y chalotes, frescos o refrigerados.	11,084,320	347,754
710801000	Espárragos, congeladas.	7,417,668	1,105,233
904200000	Frutos de los géneros Capsicum o Pimenta secos, triturados o pulverizados	7,134,684	124,475
803001200	Bananas o plátanos frescos	4,976,476	0
806100000	Uvas frescas	4,684,162	46,842
801220000	Nueces del Brasi, sin cáscara, frescos o secos	4,176,729	0
603105000	Gypsophila frescas	3,458,769	221,361
Subtotal - 10 principales productos		194,238,672	7,268,990
Total del sector		218,266,215	7,669,138

De este modo, como se observa en la tabla, los agro-exportadores hubieran tenido que asumir el pago de US\$ 7 millones por concepto de aranceles durante el año 2003. Este es un ejemplo de la inmensa diferencia de costos entre lo que se podría compensar a los exportadores, frente a la destrucción de buena parte de la producción regional de productos sensibles, y las consiguientes pérdidas de empleo.

3. Conclusiones

De acuerdo a lo señalado en esta sección, y a los estudios referidos se puede concluir lo siguiente:

En cuanto a subsidios; sólo se logró que los productos procedentes de los EEUU no gocen de subsidios a la exportación en el comercio bilateral. No se acordó nada en términos de subsidios al productor, ni en el tema de ayudas internas. Como fue mencionado, EEUU mantiene subsidios a la agricultura superiores a los US\$ 90,000 miles de millones anuales (según datos de la OECD).

En tal sentido, las agroexportaciones estadounidenses llegarán a nuestro mercado no sólo con arancel cero, sino que ingresarán con precios distorsionados por los subsidios que reciben. Ello generará problemas de competencia desleal en el mercado interno, frente a lo cual no tenemos medidas de protección de frontera. Será necesario así, que nuestros agricultores mejoren su productividad, existiendo de por medio un problema de timing entre los plazos de desgravación y la velocidad con la cual puedan ser implementadas políticas para mejorar el sector.

La SEA acordada no constituye un mecanismo de protección suficiente. Además de ser aplicada para un número limitado de productos, en los cuales no se incluye productos

sensibles como el maíz, las oleaginosas y el trigo (por citar algunos); sólo podrá ser aplicada durante el período de desgravación y a través de un disparador de volumen. En este sentido, no es un sustituto eficiente de la franja de precios para los lácteos y el arroz, debido a que esta funciona como un disparador de precios.

Mientras que una SEA con disparador de precios previene que el precio interno y por ende los productores nacionales se vean perjudicados por el ingreso de importaciones a precios muy bajos, la SEA con disparador de volumen no. En tanto las importaciones no excedan el monto acordado, estas pueden ingresar al país sin importar su precio, no protegiéndonos de las eventuales distorsiones.

La desgravación acordada no ha sido favorable en los casos de productos sensibles como el algodón, el trigo, los aceites; los cuales tienen acceso inmediato. Este último no ha sido considerado como producto a compensar, mientras que a los dos primeros –junto con el maíz– se les concederá compensaciones por un monto de S/. 112 millones anuales (por 5 años); lo cual está muy por debajo de la ayuda percibida por los agricultores de los EEUU, además de ser un recurso temporal.

Cuadro N° 19

Compensaciones		Otras medidas
Maíz Amarillo	S/. 560 millones en los próximos 5 años (S/. 112 millones anuales)	Ampliación de la Ley de Promoción Agraria hasta el año 2021
		Ley de Fortalecimiento de Cadena Agro-productivas
Trigo		Programa de Competitividad de la Cadena Maíz-Pollo-Cerdo.
		Ley de Promoción de Inversión Privada en Reforestación
Algodón		Ley que crea el Fondo Nacional de Aguas
		Ley de Fondo de Garantía para el Productor Agrario

Al mismo tiempo, se han planteado una serie de reformas y Leyes que permitirían la promoción del sector agricultura, las cuales serán debatidas en el Congreso. Como se mencionó, si bien se están planteando reformas en pro del agro nacional, las cuales se harán más necesarias a raíz de la apertura, puede presentarse un problema de “timing” entre la implementación y la ocurrencia de los efectos esperados de estas medidas, y la desgravación e ingreso de productos a menores precios. Los resultados esperados de estas leyes no se darán de inmediato, y este proceso de reforma debió iniciarse con anticipación, como lo hizo Colombia.

En el Tratado se acordó eliminar el mecanismo de franja de precios, único mecanismo de protección de frontera que podría estabilizar los precios en el mercado interno, los cuales están altamente influidos por las fluctuaciones externas y por los subsidios y ayudas de países como los EEUU. Como fue señalado, la eliminación de este mecanismo podría hacer variar fuertemente los precios de importación, ante lo cual –independientemente de los cálculos de impacto en área cultivada y producción– los productores nacionales no podrían seguir compitiendo.

Además, el estimado de subsidio al productor (ESP) de los EEUU tiene un fuerte efecto protección y estabilización; y mientras ellos puedan seguir empleando este recurso, nosotros no tendremos ya un mecanismo que compense sus efectos.

La negociación no ha sido exitosa en términos de márgenes alcanzados. A diferencia de lo negociado por Chile, en el caso peruano lo acordado para los productos en franja no fue suficiente. Mientras Chile pudo mantener su sistema de franja de precios para el trigo y el azúcar por 12 años, y fijar como arancel base para dichos productos los aranceles consolidados en la OMC; nosotros renunciamos a la franja de precios y fijamos como aranceles base los aranceles efectivos.

El debate para establecer que proporción de la agricultura nacional es considerada como sensible, se da básicamente por las diferentes clasificaciones de productos. Estas diferencias se presentan mayormente con: la caña de azúcar, y la papa. Para algunos autores estos cultivos no presentan sensibilidad frente al acuerdo; de modo que son indiferentes al mismo (la papa) o por el contrario se les considera como cultivo exportable (azúcar). Sin embargo, los sectores productores los consideran sensibles por sustitución. En el primer caso, encuentran peligro frente a la fructuosa, y en el segundo frente a los derivados de trigo.

El caso del café es distinto. La discusión aquí no es si es sensible o no, sino, si debe considerarse como producto “exportable”, entendido como ganador con el acuerdo, o producto “no sensible”. El café es un producto claramente exportable, pero no un producto ganador del TLC, ya que aún sin firmarse el acuerdo podría ingresar al mercado estadounidense con arancel cero (NMF).

Los tres cultivos mencionados, son de “agricultura extensiva” (mayor proporción de tierras) de modo que su pertenencia a una u otra categoría cambia sustancialmente el espectro de la agricultura “ganadora” y “perdedora” a partir de la firma del TLC. En todo caso, como se mencionó en la sección respectiva, en el escenario más optimista la parte sensible sería el 42% del empleo directo agrícola.

En el plano regional, los departamentos de la sierra y selva serían los más perjudicados, incluso pueden contarse en este grupo zonas de costa como Arequipa, Lambayeque y La Libertad. Siendo los únicos departamentos donde los cultivos exportables superan claramente a los sensibles con los de Tacna, Moquegua e Ica. Asimismo estudios como el de GRADE, también confirman que el TLC sólo acentuaría las diferencias regionales, ya que en sus resultados nuevamente las regiones sierra y selva aparecen como claras perdedoras, al experimentar reducciones en el bienestar.

ANEXO N° 1

Estudios de Impacto

A lo largo del proceso de negociación del Tratado y aún en etapas previas a la negociación, se presentaron una serie de estudios realizados por el sector público, organismos internacionales (como la Secretaría general de la CAN), el sector académico, y por algunos gremios productores.

Si bien estos muestran distintas metodologías o agregaciones sectoriales, lo cual no los hace estrictamente comparables entre sí, es importante recoger los resultados y realizar un balance de cuales son aquellos productos que aparecen como perdedores sistemáticamente.

Estudios de Equilibrio General Computable

Arguello realizó un estudio de equilibrio general para la Secretaría General de la CAN, en él, analiza el impacto de la implementación del TLC entre la CAN y los EEUU. Los resultados que obtiene para el sector agropecuario de Perú, en términos de sus niveles absolutos de producción, son los siguientes: mientras que los productos relacionados a la pesca, el azúcar, y el arroz paddy verían incrementados sus niveles de producción; los productores de cereales, trigo, lácteos, semillas oleaginosas, arroz procesado, entre otros, verían su producción afectada de forma negativa.

Secretaría General de la CAN	
<i>Efectos en Producción</i>	
Efectos positivos	Efectos negativos
Azúcar	Aceites Vegetales
Otros Alimentos	Arroz Procesado
Ganado	Cereales
Arroz Paddy	Trigo
Pesca	Cuero
	Carnes
	Fibras Vegetales
	Vegetales y Frutas
	Bebidas y Tabaco
	Relacionados
	Otros Cultivos
	Lácteos
	Semillas oleaginosas

Por otro lado, el MINCETUR³³ señala en su estudio que productos como el trigo, arroz procesado y el algodón resultarían afectados en sus niveles de producción; con caídas entre 4.65 y 0.18% en el caso de los dos primeros y de 2.30 % en el caso el algodón.

Así, se pueden apreciar coincidencias entre los estudios citados. En ellos, la producción de trigo y arroz (procesado) tendrían efectos negativos.

Otro estudio en esta línea es el del IICA, este se diferencia por la mayor desagregación empleada y los el tipo de impactos simulados. Analiza: cambios en los precios internacionales, cambios de aranceles, cambios en la productividad de los factores, entre otros; aquí sólo reseñaremos uno de los casos³⁴.

Caso del Trigo - cambios en los aranceles: se simuló la reducción a cero del arancel, siendo el inicial de 17%.

En ese caso, los precios internacionales de importación se reducen en 14.5%, la importación se incrementan en 4.51%, los precios al productor se reducen en 5.99%, la producción interna cae en 2.29%, el precio al consumidor final cae en 10.33%, el empleo se reduce en 34.1% y los ingresos del gobierno y los ingresos de los hogares se ven afectados mínimamente (-0.26% y 0.16% respectivamente).

³³ MINCETUR. *Análisis del Impacto del Tratado de Libre Comercio Perú – EEUU*. Octubre 2005

³⁴ Esto se debe a que algunas de las simulaciones no se aplican ya, dado el texto del acuerdo aprobado. Por ejemplo, la simulación de los precios internacionales asume eliminación de subsidios y de ayudas internas por parte de los EEUU, situación que como ya se explicó, no se ha acordado.

ANEXO N° 2

Estudio de Cadenas Productivas

El MINAG de manera conjunta con el IICA, elaboraron para fines de la negociación del TLC, estudios por cadenas productivas, los cuales más que calcular los posibles impactos, se concentran en describir la situación del sector; tanto en el plano de la producción nacional, como en el plano del comercio internacional, poniendo énfasis al comercio con los EEUU (se mencionan las políticas de ayudas internas y subsidios que dicho país otorga a su producción en cada caso). Además, se daban algunas recomendaciones para la negociación, muchas de las cuales no se siguieron como veremos más adelante.

Así, se puede señalar en grandes líneas lo siguiente:

Trigo: en el país no se cultivan las variedades demandadas por el sector molinero, de modo que el trigo nacional no compite con el importado. El mercado de trigo se abastece principalmente de importaciones, de las cuales la gran mayoría proceden de los EEUU.

→ *El subsidio que EEUU otorgó a este producto en el 2003 fue de US\$ 2.6 miles de millones*

Arroz: en los últimos años las importaciones presentan una tendencia decreciente, al tiempo que la producción ha ido en aumento³⁵. Aquí también, nuestro principal proveedor es del MERCOSUR, Uruguay (80% de las exportaciones).

→ *En el 2003 el arroz fue subsidiado con US\$ 0.7 miles millones*

Maíz Amarillo Duro (MAD): con el nivel de protección actual, la producción nacional de MAD es competitiva³⁶. Sin embargo, con desgravación a cero, la producción nacional competitiva tendría que basarse en un costo de producción máximo de 100 \$/t, y en un nivel de productividad a no menor de 8 a 9 t/ha³⁷

→ *El subsidio al maíz en el 2003 fue de US\$ 4.3 miles de millones*

Avicultura y porcicultura: contando con acceso competitivo a los insumos (MAD) no deben tener problemas para enfrentar la competencia en condiciones normales de comercio. Sin embargo, algunas partes o productos de ave (cuartos traseros) y cerdo que son subvaluadas en el mercado estadounidense, serían muy competitivas en el mercado nacional si ingresaran desgravadas y sin control.

³⁵ Los productores de arroz señalan que esto ocurrió gracias a l mecanismo de franja de precios

³⁶ Con rendimientos entre 6 y 7 t/ha a un nivel de 133 \$/ha precio CIF del MAD importado

³⁷ La productividad promedio del país sólo alcanza a 3.9 tm/ha; mientras que en las zonas más productivas – Lima, la Libertad e Ica– alcanza las 7 t/ha.

→ *El subsidio a la carne de ave fue de US\$ 0.7 miles de millones, y el otorgado a la carne de cerdo de US\$ 0.4 miles de millones*

Lácteos: las importaciones procedentes de los EEUU sólo representan el 5% del total, siendo el 63% de ellas de poco arraigo popular (quesos gourmet). En este caso la CAN y MERCOSUR, por sus bajos precios y acuerdos de desgravación constituyen una amenaza más cercana.

En este estudio en particular, se recomendaba mantener gran cautela en las negociaciones respecto al desmantelamiento de la franja. Se señala que una caída de precio de la leche en el mercado de Boston por debajo de los 19 ctvs de dólar/litro, podría vulnerar nuestro nivel de protección efectiva, ya que al nivel de US \$ 19 centavos de dólar el subsidio de EEUU es equivalente a 24.6% (nuestro arancel es de 25%).

→ *El subsidio a la leche en el 2003 fue de US\$ 10.9 miles de millones (el 28% del apoyo total estimado al productor)*

Algodón: las importaciones hoy abastecen el 50% de la demanda nacional, siendo EEUU nuestro principal proveedor (75% de las importaciones).

En el 2002, EEUU contaba con 5 millones de hectáreas sembradas de algodón, siendo su producción de 3.6 millones de TM y el consumo interno de 1.5 millones. El excedente, al ser puesto en el mercado internacional presiona los precios a la baja. EEUU garantiza a los algodoneiros un precio de US\$ 72 por quintal fibra pero lo venden al exterior a tan sólo 45 o 50 US\$. Estas ayudas han contribuido al incremento artificial de la oferta mundial y, por lo tanto, a la caída del precio internacional.

Oleaginosas: las únicas importaciones importantes desde los EEUU fueron las de grasa animal. Argentina es nuestro principal proveedor (62%), además, cuenta con preferencias arancelarias (0.8% de arancel)³⁸.

→ *El subsidio a las semillas oleaginosas fue de US\$ 4.0 miles de millones*

Bovinos: La principal preocupación debería ser MERCOSUR y la CAN, en particular Colombia. Es difícil que EEUU compita con sus precios, sin embargo si puede representar una amenaza en cortes de valor marginal como costillares. Una introducción masiva de esos cortes marginales podría afectar el conjunto del mercado nacional de carne.

→ *El subsidio a la carne vacuna fue de US\$ 1.1 miles de millones*

³⁸ Como se verá más adelante, estas preferencias se diluirán debido a que según lo acordado en el Tratado los aceites en bruto entrarían con cero arancel de forma inmediata.

Azúcar: en el caso de este estudio, si se presentan dos cálculos, los cuales fueron elaborados por GRADE (modelo CARD) y MINCETUR (CGE). En el primer caso, los resultados señalan que de darse una apertura comercial en la cual se mantiene los subsidios, seguiríamos siendo importadores netos; pero si la liberalización es completa, pasaríamos a ser exportadores netos. El estudio de MINCETUR señala que; “el mantenimiento de la cuota de azúcar para el Perú a cambio de la reducción de aranceles a la importación lleva básicamente a un desvío de comercio a favor de los Estados Unidos”.

→ *El subsidio a la azúcar en el 2003 fue de US\$ 1.3 miles de millones*

Como se puede apreciar, los estudios citados no nos dan luces sobre los posibles impactos del acuerdo –siendo la excepción el estudio del azúcar-, sólo nos presentan una fotografía de la situación actual, minimizando los peligros, los cuales obviamente no se presentan hoy en día ya que contamos con la protección arancelaria, además de la protección de la franja de precios –en algunos de los casos- y debido a que nuestros principales proveedores son en muchos de los casos de la región sudamericana al tener ya preferencias en nuestro mercado, preferencias que EEUU aún no tiene, pero que consolidará con el TLC.

ANEXO N° 3

Impacto de la eliminación de la franja

Este ejercicio asume que las elasticidades precio son similares a las de Colombia³⁹. Se consideraron algunos cultivos protegidos por el sistema de franja, y otros de particular importancia como el trigo y el algodón.

Se calculó en primer lugar el cambio de precios producido tanto por la eliminación de aranceles como de franja. El cambio más importante ocurre en el caso del Azúcar, ya que de eliminarse la franja (además del arancel) el precio podría caer hasta en 51%. Cuando sólo se eliminan aranceles los precios caen en un rango de 11 – 16%.

Producto	Área Cultivada	Producción	Precio	Ad-Valorem	Sobretasa	DEV	Precio después de aranceles y DEV	Variación de precios	
								Eliminando aranceles	Eliminando aranceles y DEV
Arroz	314,655	2,135,672	321	64	16	104	505	-16%	-36%
Trigo	138,216	190,634	162	19	8	0	190	-15%	
Maíz Total	487,410	1,356,942	130	16	6	0	152	-15%	-15%
Algodón	65,269	126,425	1453	174	0	0	1628	-11%	
Caña	77,720	9,550,000	249	50	12	197	509	-12%	-51%

Teniendo en cuenta estas potenciales variaciones, así como los datos de Área Cultivada y Producción; se puede simular el posible impacto de la variación de precios dadas las elasticidades de estos productos. Cabe remarcar que este es un ejercicio teórico sólo referencial, ya que la variable relevante son los costos de producción. Si la caída de precios es tal que enfrenten precios por debajo de sus costos, simplemente no podrían sobrevivir más allá del corto plazo

En concreto, dadas las elasticidades de corto plazo los efectos serían los siguientes:

Cambios Producidos por la Variación de Precios

Producto	Eliminando Aranceles		Eliminando Aranceles y Franja	
	Área cultivada	Producción	Área cultivada	Producción
Arroz	-6%	-4%	-13%	-10%
Trigo	-10%	-11%		
Maíz Total	-3%	-2%	-3%	-2%
Algodón	-11%	-6%		

³⁹ no hay datos de elasticidades por producto para el Perú

Y, los impactos considerando las elasticidades de largo plazo son:

Cambios Producidos por la Variación de Precios

Producto	<i>Eliminando Aranceles</i>		<i>Eliminando Aranceles y Franja</i>	
	Área cultivada	Producción	Área cultivada	Producción
Arroz	-16%	-15%	-36%	-35%
Trigo	-61%	-47%		
Maíz Total	-8%	-5%	-8%	-5%
Algodón	-17%	-10%		

II. PROPIEDAD INTELECTUAL

El Perú, como país miembro de la OMC, está obligado a cumplir como mínimo el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de 1994. Adicionalmente, a nivel andino, existe normativa comunitaria sobre propiedad intelectual -consistente con los ADPIC- que regula: la propiedad industrial, los derechos de autor y conexos, las variedades vegetales, el acceso a los recursos genéticos y de manera general los Conocimientos Tradicionales.

Las negociaciones del TLC han resultado en la adopción de un “ADPIC plus”, que supone no sólo elevar aún más los estándares sobre los Derechos de Propiedad Intelectual (DPI) establecidos por la OMC y a nivel regional, sino también impedir el uso de ciertas flexibilidades y salvaguardas. De este modo, el Capítulo 16 (Derechos de Propiedad Intelectual) del TLC es uno de los más sensibles y supone una serie de costos para el Perú.

1. Suscripción de Acuerdos Internacionales

Una de las primeras condiciones impuestas por el TLC, ha sido la suscripción de una serie de tratados internacionales sobre propiedad intelectual (ver siguiente cuadro).

Cuadro N° 20

Artículo 16.1: Disposiciones Generales

2. Cada Parte ratificará o se adherirá a los siguientes acuerdos, en la fecha de entrada en vigencia del Tratado:

- (a) Convenio de distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite (1974).
- (b) Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos para los fines del procedimiento en materia de patentes (1977), y enmendado en (1980).
- (c) Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) (1996).
- (d) Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)(1996).

3. Cada Parte ratificará o accederá a los siguientes acuerdos antes del 1 de enero de 2008, o a la entrada en vigencia de Tratado, cualquiera que sea más tarde:

- (a) el Tratado de Cooperación en materia de patentes (PCT) (1970), y enmendado en 1979
- (b) el Tratado sobre el Derecho de Marcas (TLT) (1994);
- (c) el Convenio internacional para la protección de las obtenciones vegetales (Convención UPOV) (1991).

4. Cada Parte hará todos los esfuerzos razonables para ratificar o adherirse a los siguientes acuerdos:

- (a) Tratado sobre el Derecho de Patentes (PLT)(2000);
- (b) Arreglo de la Haya sobre el depósito internacional de dibujos y modelos industriales (1999)
- (c) Protocolo sobre el Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas (1989).

Fuente: Texto del TLC Perú – EEUU. Capítulo Dieciséis Sobre Derechos de Propiedad Intelectual

Cabe mencionar que, la incorporación de ninguno de estos tratados es obligatoria según el Acuerdo sobre ADPIC. Además, si bien algunos de ellos regulan la adquisición de derechos, otros incluyen normas sustantivas, como el UPOV -1991 o el Protocolo

Referente al Arreglo de Madrid Relativo al Registro Internacional de Marcas (ver siguiente cuadro).

Cuadro N° 21

El Protocolo Referente al Arreglo de Madrid Relativo al Registro Internacional de Marcas

La adhesión a estos Tratados, al reducir los costos de transacción internacional, beneficia a aquellos países que tienen gran producción y penetración de marcas y cuyas empresas actualmente están obligadas a registrar en cada uno de los registros nacionales.

El Perú, tendría que evaluar que beneficio obtendría de adherirse a estos convenios, tomando en cuenta los siguientes elementos: a) la restricción y pérdida de institucionalidad que tendría el país en su “*expertise*” gubernamental y andino de conocimientos y recursos humanos en la especialidad de marcas; b) el impacto que se podría generar sobre la producción y el empleo nacional fruto de la penetración y proliferación de marcas extranjeras; c) el tiempo que podría tomar a las empresas desarrollar marcas, y d) las pérdidas en ingresos que sufrirían los estudios de abogados e institución responsable del registro de marcas.

La adhesión a este tratado tiene un problema de expresa cesión de soberanía, que es contraria a la Constitución Política del Perú y que no podría ser convalidada sin un proceso de reforma constitucional. En efecto, las asambleas de miembros podrán realizar modificaciones al tratado, sin dar cuenta a sus países respecto de los cuales tienen la condición de plenipotenciarios

Fuente: INDECOPI. Los intereses nacionales en propiedad intelectual y los tratados de libre comercio: Marco referencial

En relación al UPOV, hay que notar que existen dos leyes distintas en vigencia. En primer lugar, se tiene a la Ley de 1978, que le otorga a los fitomejoradores derechos de propiedad exclusivos sobre el uso comercial de sus obtenciones para fines de producción y venta de variedades vegetales. Esta ley, impone dos limitantes explícitas sobre los derechos monopólicos del obtentor: 1) permite que otros fitomejoradores puedan emplear libremente variedades protegidas por la UPOV para fines de investigación; y 2) permite, bajo ciertas condiciones, que los agricultores guarden la semilla protegida de sus cosechas para la siembra del año siguiente. Mientras que, el UPOV-1991 restringe la exención para otros fitomejoradores con fines de investigación y elimina el privilegio de los agricultores. Además, amplía los derechos monopólicos del fitomejorador, abarcando los productos de la cosecha del agricultor (GRAIN).

2. Sistema de patentes

Según el texto del TLC:

“Cada parte otorgará patentes para cualquier invención, sea de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sea nueva, entrañe una actividad inventiva y sea susceptible de aplicación industrial. A los efectos del presente Artículo, una Parte podrá considerar las expresiones “actividad inventiva” y “susceptible de aplicación industrial” como sinónimos de las expresiones “no evidentes” y “útiles”, respectivamente” (Artículo 16.9: Patentes, literal 1).

Esto no es compatible con la Normativa Andina, que considera que una invención tiene aplicación industrial, cuando puede ser producida o usada en cualquier tipo de industria (incluidos los servicios). Además, considera que una invención tiene nivel inventivo, si para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica correspondiente, esa invención no fuera obvia.

De este modo, el uso de estas expresiones en el TLC pueden llevar a una reducción de los requisitos para conseguir una patente. Por ejemplo, bajo el requisito de utilidad, se pueden patentar métodos terapéuticos y una serie de otras actividades que no eran patentables bajo el criterio de “aplicación industrial”. Asimismo, el requisito de “no evidente” flexibiliza en gran medida el concepto de “actividad inventiva”, lo que puede llevar a patentar productos similares con pequeñas modificaciones.

Ante esto, si bien en el texto final se han excluido del campo de la patentabilidad las patentes de animales, los métodos terapéuticos, quirúrgicos y de diagnóstico, y las patentes de segundos usos; la flexibilización de los requisitos para obtener una patente puede entrar en conflicto con esto. Además, se ha terminado cediendo en una serie de otros temas, que pueden tener efectos negativos sobre el aprovechamiento sostenible de la biodiversidad (Patentamiento de plantas); y sobre el acceso a la salud pública (datos de prueba, alargamiento del plazo de patentes, restricción de licencias obligatorias e importaciones paralelas).

2.1. Patentamiento de Plantas, biodiversidad y Conocimientos Tradicionales

En el caso de las innovaciones sobre plantas, se establece lo siguiente:

“... cualquier Parte que no otorgue protección mediante patentes a plantas a la fecha de entrada en vigor de este Tratado, realizará todos los esfuerzos razonables para otorgar dicha protección de conformidad con el párrafo 1...”
(Artículo 16.9: Patentes, literal 2).

Uno de los objetivos estratégicos de Estados Unidos, que como vemos está plasmado en el texto final del acuerdo, es lograr que se patenten nuevas variedades de plantas, según los criterios de patentabilidad definidos en el acuerdo (novedad, que entrañe una actividad inventiva - no evidente- y sea susceptible de aplicación industrial –útil-). Esto, a pesar de que la Normativa Andina prohíbe expresamente el patentamiento de plantas y animales, así como de los procedimientos biológicos para su producción (Decisión 486, Artículo 20). Las patentes de plantas, atentarían contra la biodiversidad y serían una amenaza para los derechos de propiedad intelectual sobre los Conocimientos Tradicionales.

Además, Perú deberá readherirse al UPOV –1991, antes del 2008. Ratificar este Tratado es sumamente desfavorable, ya que condiciona a los miembros a conceder derechos exclusivos sobre las plantas por 20 años. Y a diferencia de la Decisión 345 de CAN, no se permite a los agricultores conservar y usar semillas para desarrollar sus propias variedades. Esto implica aumentar los costos de producción del sector agropecuario, que tendría que

pagar más regalías por el uso de semillas mejoradas, además de no permitirles intercambiarlas.

En cuanto a la Propiedad Intelectual y Biodiversidad, el Perú sólo logró una carta lateral al Tratado⁴⁰, mediante la cual se reconoce la importancia de los Conocimientos Tradicionales y la biodiversidad, así como la contribución potencial de estos al desarrollo cultural, económico y social; pero no se establecen compromisos. No hay nada que garantice que EEUU respete el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), no existe ninguna obligación de que las patentes a plantas (que se aplicarán una vez que entre en vigor el UPOV-1991) deban otorgar beneficios al Perú o a los pueblos indígenas. Se reconoce que el acceso a los recursos genéticos o Conocimientos Tradicionales, así como la distribución equitativa de los beneficios que se puedan derivar del uso de esos, pueden ser adecuadamente atendidos a través de contratos que reflejen términos mutuamente acordados entre los usuarios y los proveedores, pero no se define quienes son estos.

Actualmente, los países desarrollados buscan acceder a las riquezas genéticas de países biodiversificados, debido a la nueva generación de biotecnologías que ha ampliado la posibilidad de uso de los recursos genéticos. Dado que la búsqueda de nuevos compuestos es muy costosa, el rol de los Conocimientos Tradicionales (propios de las comunidades indígenas y locales) ha adquirido gran valor en el mercado de la Biotecnología⁴¹.

Sin embargo, la evidencia empírica muestra que la gran mayoría de los beneficios derivados de la biodiversidad y de los Conocimientos Tradicionales son captados por las grandes empresas transnacionales que la explotan. Estas empresas obtienen, en la mayoría de los casos, más del 95% de los beneficios (ver Anexo N° 2).

En el TLC, no se reconocen los derechos de los agricultores, ni los Conocimientos Tradicionales relacionados con los recursos genéticos. EEUU no ha ratificado el CDB, mientras que Perú cuenta con una serie de normas orientadas a evitar la biopiratería, proteger los Conocimientos Tradicionales y asegurar la repartición justa de los beneficios por el uso de la biodiversidad (ver siguiente cuadro).

Cuadro N° 22

Normativa sobre la Biodiversidad en el Perú

1. Acuerdos Internacionales

Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB): Suscrito en 1992 como uno de los logros de la Cumbre de la Tierra (Río de Janeiro), ha sido ratificado por más de 160 países, entre ellos el Perú. De otro lado, Estados Unidos no lo ha ratificado aún, por lo que no se encuentra obligado a cumplirlo. El CDB hace alusión expresa a la compartición de beneficios entre las Partes que hacen óptima utilización de la biodiversidad mediante la biotecnología y aquellas Partes que proveen los recursos genéticos. El CDB prevé la formulación de un “protocolo que establezca procedimientos adecuados, incluido en particular el consentimiento informado previo, en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización de cualesquier organismo vivo modificado resultante de la biotecnología”.

⁴⁰ Entendimiento sobre Biodiversidad y Conocimientos Tradicionales.

⁴¹ Ver Anexo N°1

Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura:

Adoptado por la Conferencia de FAO en noviembre de 2001, es un acuerdo vinculante para todos los países que ratifiquen el tratado. El Tratado tiene como objetivo “la conservación y la utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización en armonía con el CDB, para una agricultura sostenible y la seguridad alimentaria”.

2. Normativa Andina

Decisión 391: Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos (julio de 1996): Constituye el marco legal en materia de acceso a recursos genéticos para los países de la región. Establece que quien desee utilizar y desarrollar los principios activos que contienen las plantas y los microorganismos (estos constituyen la base de la investigación en la industria farmacéutica y de la industria alimentaria mundial) deberá contar con la autorización correspondiente y suscribir un Contrato de Acceso con el Estado. Reconoce, en forma expresa, los derechos que tienen las comunidades indígenas sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados. Quedan excluidos del Régimen Común de Acceso a Recursos Genéticos los microorganismos y las variedades vegetales, reguladas en los países andinos mediante las Decisiones 486 y 345 respectivamente.

La Decisión 345 (del 21 de octubre de 1993): Es la base legal, mediante la cual se rige y reconoce la protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales, a nivel de los países miembros. Esta norma está reglamentada en el Perú mediante el Decreto Supremo N° 008-96-ITINCI del 3 de mayo de 1996. El Obtentor al proteger una variedad tiene exclusividad para su multiplicación y comercialización y podrá recibir regalías por licencias a terceros para la explotación comercial. La Decisión 345, a diferencia del UPOV, permite sembrar para uso privado y vender como materia prima.

La Decisión 486: En el ejercicio de las flexibilidades brindadas por el Acuerdo de los ADPIC (art. 27.3.b), prohíbe la patentabilidad de plantas y animales así como de los procedimientos biológicos para su producción. Ya que las patentes atentarían contra la biodiversidad y sería una amenaza para los derechos de Propiedad Intelectual sobre Conocimientos Tradicionales. Cabe mencionar que el TLC con EEUU (Art.8.2.a) contempla otorgar patentes a los inventos sobre plantas y animales, la presión de EEUU podría dar resultados como los del TLC Chile-EEUU y el CAFTA cuyas normativas dan el primer paso hacia las patentes de plantas y animales.

3. Leves Nacionales referentes a la biodiversidad

- Ley sobre la conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica (Ley No. 26 839, 1997), que establece el marco legal para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, adecuando la legislación nacional al Convenio sobre la Diversidad Biológica.
- Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (Ley No. 26 821, 1997), que establece el marco legal para el uso sostenido de todos los recursos naturales del país con participación de la empresa privada.
- Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía (Ley No. 27 037), se fundamenta en tres principios: (i) la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas; (ii) el desarrollo y uso sostenible, basado en el aprovechamiento racional de los recursos naturales, materiales, tecnológicos y culturales; y (iii) el respeto de la identidad, cultura y formas de organización de las comunidades campesinas y nativas (Art. 4).
- Ley de Aprovechamiento Sostenible de las Plantas Medicinales (Ley No. 27 300)

4. Leyes Nacionales sobre Conocimientos Tradicionales de las Comunidades

La Ley 27811: Establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, dirigido a proteger los conocimientos colectivos, fue publicada el 10 de agosto del 2002. Contempla una protección para que terceros no puedan ejercer derechos de propiedad intelectual sobre dichos conocimientos o sobre una aplicación comercial que involucre a ellos. Ley de protección de conocimientos colectivos.

La Ley 28216: Es la ley de protección al acceso a la diversidad biológica peruana y los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas (07 de abril de 2004).

En Perú, se reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados.

La Decisión 391 de la CAN, establece los principios para la protección de los Conocimientos Tradicionales. Un primer mecanismo para ello, son los contratos de acceso a los recursos genéticos o componentes intangibles asociados. En el contrato se debe: identificar al proveedor del componente intangible; incorporar disposiciones sobre la distribución de beneficios; respetar los derechos e intereses de los proveedores del componente intangible; prever una justa y equitativa distribución de beneficios en caso de utilización de tal componente. Además, la Decisión reconoce la facultad de las comunidades a decidir sobre el uso que se les dé a sus Conocimientos Tradicionales.

De otro lado, la Decisión 486, que establece el Régimen Común de la Propiedad Industrial, desarrolla un marco normativo de protección jurídica aplicable a los Conocimientos Tradicionales. A diferencia de la Decisión 391, los Conocimientos Tradicionales protegidos bajo esta Decisión, no se limitan sólo a los recursos genéticos, sino a todos los relacionados con solicitud de protección de la Propiedad Intelectual.

La norma asegura que la protección conferida a la propiedad industrial, será otorgada respetando su patrimonio biológico y genético, así como los Conocimientos Tradicionales de sus comunidades. Así, la Decisión 486 contiene una serie de disposiciones destinadas básicamente a proteger los Conocimientos Tradicionales frente a las Patentes de Invención.

De este modo, las Decisiones 391 y 486 de la CAN, se complementan entre sí para asegurar que los sistemas de Propiedad Intelectual, incluyan principios específicos para proteger los Conocimientos Tradicionales en concordancia con la CDB.

En Perú, aparte de la normativa comunitaria, también existen una serie de normas *sui generis* para la protección de los Conocimientos Tradicionales y la repartición justa de los beneficios. En general, estos son temas centrales para el país, dada su gran diversidad biológica. Pese a ello, en el TLC no se ha incluido ningún mecanismo que garantice que la normativa nacional y comunitaria, sobre protección a los Conocimientos Tradicionales y protección de la biodiversidad, sea respetada. Esto sólo se traduce en beneficios para aquellas farmacéuticas estadounidenses, que usan plantas medicinales para la elaboración de sus productos. Ya que no reconocen los Conocimientos Tradicionales ni el principio de repartición justa de los beneficios, que si son reconocidos por la normativa nacional.

2.2. Propiedad Intelectual y salud pública

Diversos estudios⁴², han determinado que el aumento de la protección a la Propiedad Intelectual tiene efectos negativos sobre el bienestar y la salud. En los países en desarrollo,

⁴² Algunos ejemplos son: Fedesarrollo “Impacto de la competencia sobre los precios de los medicamentos en la seguridad social en Colombia” abril 2003; ZULETA J, Luis Alberto y Juan Carlos JUNCA S. *Efectos Económicos y Sociales de la Regulación Sobre la Industria Farmacéutica de Colombia*. Abril 2001;

uno de los instrumentos más efectivos para reducir el precio de las medicinas y mejorar el acceso a ellas, es el fortalecimiento de la competencia de genéricos. Para esto, es indispensable impedir el establecimiento de estándares de sobreprotección de la Propiedad Intelectual, los cuales consolidan la posición dominante de los laboratorios transnacionales.

En el caso de Perú, existen significativas diferencias entre el precio de los medicamentos innovadores, los de marca y los genéricos⁴³. Asimismo, existen diferencias en los lugares donde se adquieren los medicamentos. En las farmacias del sector público (que tienen una oferta limitada), el precio de los medicamentos es significativamente menor que en las farmacias privadas.

Según estudio de AIS⁴⁴, que compara los precios de medicamentos esenciales (según la clasificación de la OMS), las mayores diferencias se dan entre los medicamentos innovadores del sector privado y los genéricos del sector público. El diferencial promedio, entre el precio de los medicamentos innovadores y los genéricos más baratos, es de 727%. Mientras que, el diferencial entre el medicamento innovador y del sector público es de 1910%; y entre el genérico más barato y el sector público es 135% (ver siguiente cuadro).

Cuadro N° 23

Medicamentos	Concentración	Innovador vs. Genérico más barato	Innovador vs. Sector público	Genérico más barato vs. Público
Aciclovir	200 mg	647%	723%	10%
Amoxicilina	500 mg	417%	510%	18%
Captopril	25 mg	566%	2826%	339%
Ceftriaxona	1g	833%	1299%	50%
Ciprofloxacino	500 mg	1671%	3819%	121%
Diclofenaco	25 mg	71%		
Dicloxacilina	500 mg	286%	133%	-40%
Doxiciclina	100 mg	1157%	3095%	154%
Fenitoina	100 mg	96%	271%	89%
Fluconazol	150 mg	2294%	3076%	33%
Gentamicina	80 mg/2 ml*	1600%	3718%	125%
Glibenclamida	5 mg	338%	1123%	179%
Ibuprofeno	400 mg	910%	2070%	115%
Lamivudina	150 mg	126%		
Nifedipino	20 mg	789%	4089%	371%
Omeprazol	20 mg	1334%	2687%	94%
Ranitidina	150 mg	761%	1280%	60%
Simvastatina	10 mg	193%		
Sulfametoxazol/	800/160 mg	378%	834%	95%
Zidovudina	100 mg	73%	917%	486%

Fuente: AIS "Precio de los medicamentos en el Perú". 2004

CORTES, Miguel y otros. "Modelo Prospectivo del Impacto de la Protección a la Propiedad Intelectual Sobre el Acceso a Medicamentos en Colombia". Noviembre 2004; HOLGUÍN, Germán. "La bolsa y la vida, impacto de la agenda norteamericana para el TLC sobre acceso a medicamentos y salud pública". 2004; AIS, Oxfam, VSO y Save Children, "Asegurando el acceso a medicamentos esenciales", 2002; entre otros.

⁴³ Los genéricos pueden ser medicamentos comercializados bajo su Denominación Común Internacional (DCI) o bajo el nombre del laboratorio que los fabrica. Se pueden distinguir 3 tipos de medicamentos con el mismo principio activo: originales, comercializados con su DCI y los de marca distinta a las del laboratorio innovador. Los medicamentos de marca no innovadores, a diferencia de los genéricos, implican costos de promoción y publicidad, por lo que son más costos que los genéricos, pero más baratos que los innovadores.

⁴⁴ AIS. "Precio de los medicamentos en el Perú". 2004

Otro estudio⁴⁵, analiza los precios de un grupo pequeño de medicamentos esenciales que tienen un nivel de ventas relevante a nivel nacional. Los resultados mostraron que la diferencia entre precios unitarios para el público, respecto de la marca innovadora y el genérico más barato, es bastante significativa. Como se observa en el siguiente cuadro, la diferencia máxima de los medicamentos varía desde 165% hasta 4,284%. Se menciona que ésta es la diferencia máxima pues se está comparando entre el medicamento genérico más barato, respecto del medicamento de marca más caro o el innovador (que usualmente es el más caro dentro de los medicamentos de marca).

Cuadro N° 24
Diferencia Máxima de precios de Medicamentos – 2004 (%)

Denominación Común Internacional (DCI)	Diferencial de Precios del Genérico más barato respecto del Medicamento:	
	Innovador	Marca más caro
Amoxicilina (Tab 500 mg)	339%	349%
Captopril (Tab 25 mg)	1,425%	1,193%
Ciprofloxacina (Tab 500 mg)	4,284%	2,061%
Diazepam (Tab 10 mg)	1,299%	310%
Dicloxacilina (Tab 500 mg)	197%	165%
Fluconazol (Tab 150 mg)	1,859%	2,099%
Ibuprofeno (Tab 400 mg)	1,170%	905%
Naproxeno (Tab 550 mg)	222%	293%
Nifedipino (Tab 10mg)	1,013%	318%
Omeprazol (Tab 20 mg)	2,696%	2,092%
Ranitidina (Tab 300 mg)	984%	802%
Sulfametoxazol + Trimetoprima (Tab 800/160 mg)	1,082%	994%

Fuente: MIRANDA, J. “El mercado de medicamentos en el Perú: ¿libre o regulado?”. 2004

En suma, es claro que el precio de los medicamentos genéricos es significativamente menor que el de los medicamentos innovadores y los de marca. Las mayores diferencias se presentan entre los medicamentos del sector público (que son en su mayoría genéricos, sólo que más baratos que los genéricos del mercado privado) y los innovadores, así como también entre los genéricos más baratos y los innovadores.

Propiciar la oferta de medicamentos genéricos, es una forma eficaz de mejorar el acceso a las medicinas en un país como el Perú, donde la mayoría de las personas se encuentran en situación de pobreza y donde el seguro de salud nacional cubre a un pequeño porcentaje de la población. Por ello, el Estado peruano promueve la sustitución de productos de marca por genéricos, la legislación vigente (Ley N° 26842) obliga a los médicos a prescribir los medicamentos mediante su denominación común internacional (DCI). Esta medida genera un consumo racional de medicamentos, evitando dar importancia a la diferenciación de marcas.

Además, el sector público ahorra importantes cantidades de dinero, gracias a la compra de medicamentos genéricos, lo que le permite tener una mayor cobertura. Como muestra el

⁴⁵ MIRANDA, J. “El mercado de medicamentos en el Perú: ¿libre o regulado?”. 2004

siguiente cuadro⁴⁶, para julio del 2004, el impacto económico de la libre competencia en las compras de EsSalud le ha permitido a la institución un ahorro de \$35.2 millones.

Cuadro N° 25

MEDICAMENTOS	CANTIDAD 2004	PRECIO \$ MONOPOLIO	PRECIO \$ COMPETENCIA	DISMINUCIÓN DE PRECIOS %	AHORRO \$ CANTIDAD 2004
ERITROPOYETINA	172882	74.0069	3.9521	95	12111213.93
CEFTRIAXONA -1g.	508031	6.8788	1.0352	85	2,968,729.95
IOPAMIDOL 300 - 50 mg.	73864	51.7393	12.629	76	2,888,843.20
FLUCONAZOL - 50 mg	1164290	1.8087	0.0432	98	2,055,554.00
CALCITRIOL - 0.25 mcg.	1998760	0.94	0.1067	89	1,665,566.71
MEDROXIPROGESTERONA - 5 mg.	6020600	0.3022	0.0288	90	1,646,032.04
CLINDAMICINA - 600 mg./ml.	800239	2.0961	0.4746	77	1,297,587.54
CIPROTERON - 50 mg.	1033070	1.4264	0.1931	86	1,274,085.23
FCCG 30 millones	16374	93.2086	15.9325	83	1,265,318.86
FIERRO USO IV	117971	13.4588	2.9288	78	1,242,234.63
SALBUTAMOL AEROSOL - 0.1 mg	429905	3.6797	1.1732	68	1,077,556.88
CLONAZEPAN - 2mg	3769040	0.2999	0.0288	90	1,021,786.74
ZIDOVUDINA - 100 mg	1618360	0.6749	0.1009	85	928,938.64
CLOTRIMAZOL - 500 mg.	647730	1.4069	0.0663	95	868,346.84
BECLOMETASONA - 250 mcg	190556	7.927	3.6985	53	805,766.05
PROPOFOL - 10 mg./ml	55466	17.2208	3.541	79	758,763.79
HORMONA CRECIMIENTO	8141	113.4588	52.8279	53	493,596.16
VECURONIO - 4mg./1ml.	94865	5.8139	1.4036	76	418,383.11
ESTRADIOL VALERATO - 10mg	177930	2.3939	0.809	66	282,001.26
DOBUTAMINA - 250mg./20ml.	26875	12.3377	3.4074	72	240,001.81
					35,310,307.36

Fuente: ADIFAN, Comité de compras estatales julio 2004.

Sin embargo, con el TLC se han terminado de aceptar una serie de medidas que se constituyen en ADPIC – Plus. Entre estas medidas, se tienen: protección de los datos de prueba, alargamiento del plazo de patentes y limitaciones en el uso de salvaguardas.

2.2.1. Alargamiento del plazo de patentes

Con el TLC, se prevé que Perú desarrolle mecanismos dentro de su normativa interna, para que el término de la patente sea ajustado para compensar demoras irracionales. Según el texto, cada parte deberá:

“... compensar por retrasos irrazonables en la expedición de la patente, restaurando el término de la patente o los derechos de patente. ...Un retraso irrazonable deberá incluir al menos un retraso en la expedición de la patente de más de cinco años desde la fecha de presentación de la solicitud en el territorio de la Parte, o tres años contados a partir de la fecha de la solicitud del examen de la patente...” (Artículo 16.9: Patentes, literal 6 a).

⁴⁶ El precio de monopolio corresponde al precio de los medicamentos cuando no tenían competencia, en años anteriores.

Asimismo, en relación a un producto farmacéutico cubierto por una patente, cada país deberá restaurar el plazo de la patente con el fin de:

“...compensar al titular de la patente por cualquier reducción irrazonable del plazo efectivo de la patente como resultado del proceso de aprobación de comercialización, relacionado con la primera comercialización del producto en dicha Parte...” (Artículo 16.9: Patentes, literal 6 b).

De este modo, las demoras pueden darse, en primer lugar, en la Oficina de Patentes, cuando el trámite de expedición de la patente demora más de 5 años o tres años contados a partir de la fecha de la solicitud del examen de la patente. En segundo lugar, en el proceso de aprobación para la comercialización, donde es la autoridad sanitaria la que determina que constituye un retraso irrazonable.

En general, los estudios de impacto realizados sobre el efecto del TLC en propiedad intelectual, se han basado en el efecto que tendría la protección de los datos de prueba. Así, se han dejado de lado los efectos de otras medidas previstas, tales como el alargamiento del plazo de las patentes -que puede tener importantes efectos en el largo plazo-.

Según estimaciones propias –realizadas siguiendo el modelo prospectivo de la OPS⁴⁷-, el impacto económico de extender el plazo de las patentes, sería entre US\$ 200 y US\$ 263 millones para el primer año de extensión⁴⁸, dependiendo del diferencial de precios usado. Se sumen dos diferenciales, uno mínimo de 1.62 (que es el diferencial promedio entre los medicamentos innovadores cuando salieron al mercado y el promedio de sus competidores en el 2003) y otro máximo de 2.22 (que corresponde al diferencial entre los precios de los medicamentos innovadores cuando salieron al mercado y el mínimo de sus competidores en el 2003). Para esto, la muestra usada corresponde a los medicamentos innovadores que aparecieron en el mercado entre 1999 y el 2003, sin contar con patente. Este impacto, representaría entre 12.41% y 16.34% del mercado farmacéutico privado, lo que a la fecha significaría entre US\$ 45,17 millones y US\$ 59,47 millones (según el actual tamaño del mercado).

⁴⁷ OPS. “Modelo Prospectivo del Impacto de la Protección a la Propiedad Intelectual sobre el Acceso a Medicamentos en Colombia”. 2004.

⁴⁸ Para realizar este ejercicio, se ha asumido que las actuales patentes vencerán en el 2025, y por lo tanto el impacto de extender el plazo de las mismas, tendría lugar a partir del 2026.

Cuadro N° 26
Impacto en el largo plazo de extender el plazo de las patentes

		2026	2027	2028	2029	2030
Medicamentos Patentados (% mercado privado)		7.71	8.09	8.50	8.92	9.37
Tamaño del Mercado (\$)		1,612,666,234	1,725,552,870	1,846,341,571	1,975,585,481	2,113,876,465
Impacto asumiendo diferencial de 1.62	\$	200,125,208	224,840,671	252,608,494	283,805,643	318,855,640
	% mercado	12.41	13.03	13.68	14.37	15.08
Impacto asumiendo diferencial de 2.12	\$	263,518,908	296,063,493	332,627,334	373,706,810	419,859,601
	% mercado	16.34	17.16	18.02	18.92	19.86

Fuente: Estimaciones propias siguiendo modelo prospectivo de la OPS

2.2.2 Datos de Prueba

Una de las medidas más debatidas dentro del Capítulo de propiedad intelectual, que finalmente fue incluida en el texto del acuerdo, fue el establecimiento de la protección de los datos de prueba (ver siguiente cuadro).

Cuadro N° 27

Artículo 16.10: Medidas relacionadas con ciertos productos regulados (literal 1)

a. Si una Parte requiere o permite, como condición para aprobar la comercialización de un **nuevo producto** farmacéutico o un nuevo producto químico agrícola, la **entrega de información de seguridad y eficacia del producto**, la Parte no deberá, sin el consentimiento de la persona que primeramente presentó la información de seguridad y eficacia con el fin de obtener la aprobación de comercialización en la Parte, autorizar a otra persona para que comercialice el **mismo o similar** producto con base en:

- (i) la información de seguridad y eficacia presentada como respaldo para la aprobación de comercialización; o
- (ii) evidencia de la aprobación de comercialización;

por un periodo de **por lo menos** cinco años para productos farmacéuticos y diez años para los productos químico agrícolas, a partir de la fecha de la aprobación de comercialización en el territorio de la Parte.

(b) Si una Parte requiere o permite, en relación con el otorgamiento de la aprobación de comercialización de un **nuevo producto** farmacéutico o un nuevo producto químico agrícola, la **entrega de evidencia respecto a la seguridad y eficacia del producto que fuera previamente aprobado en el otro territorio**, como por ejemplo evidencia de la previa aprobación de comercialización en el otro territorio, la Parte no deberá, sin el consentimiento de la persona que primeramente presentó la información de seguridad y eficacia con el fin de obtener la aprobación de comercialización en el otro territorio, autorizar a otra persona para que comercialice el mismo o similar producto con base en:

- (i) la información de seguridad y eficacia presentada como respaldo para la previa aprobación de comercialización en el otro territorio; o
- (ii) evidencia de la previa aprobación de comercialización en el otro territorio;

por un periodo de por lo menos cinco años para productos farmacéuticos y diez años para los productos químicos agrícolas a partir de la fecha de la aprobación de comercialización del nuevo producto en el territorio de la Parte. **Para poder recibir protección de conformidad con este subpárrafo, una Parte podrá exigir que la persona que provea la información en el otro territorio solicite la aprobación en el territorio de la Parte dentro de los cinco años siguientes de haber obtenido la aprobación de comercialización en el otro territorio.**

Así, en el TLC ha quedado establecida la protección de los datos de prueba (información sobre la seguridad y eficacia del producto presentada en el territorio nacional o en cualquier otro territorio), requerida para la comercialización de un producto. El plazo de la protección, es el que planteó EEUU desde un inicio, para medicamentos de por lo menos de 5 años, y para agroquímicos de por lo menos 10 años, a partir de la fecha de aprobación de comercialización del nuevo producto en el territorio de la parte.

Para efectos de la protección, se considera nuevo producto farmacéutico o agroquímico, a aquel que no contenga una entidad química previamente aprobada en el territorio de la Parte –no importa si ya fue aprobado en otro país-. De este modo, se podrían estar protegiendo moléculas ya conocidas, que tienen muchos años en otros mercados.

Además, el hecho de que la protección de datos de prueba pueda extenderse a un producto “similar” y no sólo al mismo producto, puede determinar que aquellos productos con cambios pequeños sigan protegiéndose indefinidamente.

Existen 3 escenarios que se pueden presentar en relación a la protección de los datos de prueba: 1) que la vida de la patente de un medicamento coincida con el tiempo de protección de los datos; 2) que la protección de los datos de prueba alargue incluso más el tiempo de la patente; y 3) que la protección se aplique a medicamentos no patentados, ya sea comercializados en el territorio nacional o en otro país.

En caso de que la información sobre la seguridad del producto se haya presentado en otro territorio, la persona que presentó esta información tiene cinco años para presentarla en el territorio nacional. Recién cuando el medicamento innovador llega al país, se empieza a computar el plazo de la protección de los datos de prueba (Artículo 16.10, literal b). De este modo, el tiempo de duración de la protección de los datos de prueba, podría extenderse cinco años más (siendo de 10 años para medicamentos y de 15 años para los agroquímicos).

De otro lado, cuando un producto patentado es sujeto a la protección de los datos de prueba, esta protección seguirá vigente por el plazo establecido, aún si la patente expira en una fecha anterior. Esta cláusula, que significaría una ampliación del plazo de la patente, no ha sido incluida en otros TLCs, como en el caso de Chile, Centro América y Marruecos.

“...Cuando un producto es sujeto a un sistema de aprobación de comercialización ... y está amparado por una patente ... la Parte no alterará el plazo de protección que es previsto de conformidad con el Artículo 16.10.1, en el caso que el plazo de protección de la patente expire en una fecha anterior ...” (Artículo 16.10: Medidas relacionadas con ciertos productos regulados, literal 3).

En el TLC con Perú, la protección de datos es sobre la información de seguridad y eficacia del producto, pero no se menciona que esta información se refiere sólo a la no divulgada, como si se hace en el TLC con Chile y Centro América. Al no existir esas precisiones en el caso nuestro, podrían llegarse a proteger datos que ya son de dominio público.

En la última reunión de la Comisión Andina (4 de abril del 2006), donde estuvieron ausentes Bolivia⁴⁹ y Venezuela, los 3 países negociadores del TLC se vieron obligados a modificar la Normativa Comunitaria -sobre la protección de los datos de prueba- para compatibilizarla con el TLC. En esta reunión, se aprobó la Decisión 632 (Aclaración del segundo párrafo del Artículo 266 de la Decisión 486), lo que terminó de agravar la crisis andina, ante el desconocimiento de esta decisión por parte de los gobiernos de Venezuela y Bolivia.

En relación a la protección de los datos de prueba, la Decisión 486 de la CAN -antes de ser modificada-, establecía para los países miembros que:

*“...cuando exijan, como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de pruebas **... protegerán esos datos contra todo uso comercial desleal.** ...protegerán esos datos contra toda divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos, contra todo uso comercial desleal. Los Países Miembros **podrán** tomar las medidas para garantizar la protección consagrada en este artículo.”* (Artículo 266)

La nueva Decisión 632, incluye el establecimiento de plazos de exclusividad en las medidas de protección de los datos de prueba. En esta Decisión se menciona que, los países no están obligados a dar esta modalidad de protección a los datos de prueba, sino que tienen la facultad de hacerlo. Sin embargo, en virtud del principio de Nación más Favorecida, se tendrá que hacer extensivo a otros países lo acordado en el TLC.

Finalmente, en el literal 3 del Artículo 16.10 se menciona lo siguiente:

“... como condición para la aprobación de comercialización de un producto farmacéutico, ... otra persona diferente a la que originalmente presentó la información de seguridad y eficacia, que dependa de la información de evidencia de la seguridad y eficacia de un producto que fue previamente aprobado... deberá:

- (a) implementar medidas en su proceso de aprobación de comercialización a fin de prevenir que tales otras personas comercialicen un producto **amparado por una patente, reclamando el producto o su método de uso durante el período de vigencia de esa patente...**; y*

⁴⁹ Bolivia si asistió, pero se vio imposibilitado de ejercer su voto, por no haber cumplido con el pago de sus cuotas.

(b) ... **el titular de la patente será informado** acerca de la identidad de tal otra persona que solicite la aprobación de comercialización ...”

De este modo, se puede obtener la aprobación de comercialización de un producto farmacéutico patentado (entregada por la autoridad sanitaria), evitando que este producto o **su método de uso** sea comercializado durante el período de vigencia de su patente. Según AIS⁵⁰, esto es sumamente riesgoso en la medida que un “método de uso” puede ser una forma de administración de un tratamiento que correspondería, en algunos casos, a nuevas concentraciones o hasta modalidades de absorción de un medicamento.

Además, se obliga a la autoridad sanitaria a informar al titular de la patente sobre quien solicitó la aprobación de comercialización del producto patentado. Según AIS, hay dos problemas con esto: uno es el que se refiere a que el organismo público es obligado a cumplir funciones que le corresponde al titular de la patente y el otro es que la autoridad sanitaria puede estar denegando el registro sanitario aún en casos de que la patente que se asume como válida esté mal otorgada.

Estimaciones del costo implementar la protección de los datos de prueba

En Perú, algunas instituciones gubernamentales, como el MINCETUR o el MINSA, han elaborado estudios de impacto sobre el efecto de establecer una medida como la protección de los datos de prueba. Cabe mencionar que, los estudios han sido elaborados bajo distintas metodologías, por lo que los resultados difieren.

a. El estudio de MINCETUR (elaborado por la consultoría Apoyo)⁵¹

El estudio, calcula el efecto de la protección de los datos de prueba sobre el acceso a los medicamentos. La metodología se basa directamente en Fink⁵² y en Chaudhuri, Goldberg y Jia⁵³. El modelo simula las decisiones de elección de los consumidores y el comportamiento de las empresas farmacéuticas. Por el lado de la demanda, se plantea una función de utilidad que incorpora la posibilidad de sustituir diferentes marcas, así como diferentes principios activos.

Se realiza un análisis contrafactual, en el que se consideran las moléculas de grupos terapéuticos de enfermedades principales que habrían sido afectadas si la protección de datos se hubiese implementado en 1999. Así, el estudio considera las moléculas no patentadas, que iniciaron su comercialización en los últimos 5 años (sólo se dispone de información hasta el 2003). Se dividió a las moléculas sensibles a la protección en 2 muestras: la primera (muestra A), corresponde a las moléculas que actualmente con

⁵⁰ AIS. *El Tratado de Libre Comercio y el acceso a medicamentos*. Noviembre 2004

⁵¹ Apoyo Consultoría. *Impacto de las Negociaciones del TLC con EEUU en materia de Propiedad Intelectual*. Abril, 2005.

⁵² FINK, C. “How stronger Patent Protection in India Might Affect the Behavior or Transnational Pharmaceutical Industries”. Development Research Group. The World Bank. 2000

⁵³ CHAUDHURI, S. y otros. “Estimating the Effects of Global Patent Protection for Pharmaceuticals: A Case Study of Fluoroquinolones in India”. 2003

competencia; y la segunda (muestra B), es de las moléculas que a la fecha del estudio no gozaban de competencia. Las estimaciones de impacto, para ambas muestras, se realizan tanto para el mercado privado como para el sector público.

El impacto total (suma del impacto de ambas muestras) sobre el mercado privado sería entre S/.5.4 y 18.3 millones (US\$ 1.6 – 5.5 millones) anuales. Esto, representa el mayor gasto que tendrían que destinar las personas que pueden seguir comprando medicamentos, aún después del aumento de los precios (ver siguiente cuadro).

Cuadro N° 28
Mercado Privado: Impacto en el Excedente del Consumidor

Nombre	Grupo Terapéutico	Miles de Soles por Año
Muestra A		
Candesartan	Hipertensión	989 - 411
Carvedilol	Hipertensión	181 - 56
Clozapina	Enf. Mentales	80 - 26
Citalopram	Enf. Mentales	483 - 151
Levofloxacin	Enf. Respiratorias	153 - 471
Sibutramina	Desórdenes Alimenticios	6,084 - 2,134
Venlafaxina	Enf. Mentales	161 - 53
Impacto Total Muestra A		8,132 - 3,302
Muestra B		
Bisoprolol	Hipertensión	278 - 79
Nitoxoxanida	Enf. Diarreicas	1,423 - 336
Pioglitazona	Diabetes	3,302 - 109
Risedronato	Osteoporosis	357 - 500
Rosiglitazona	Diabetes	371 - 117
Aripipazole	Enf. Mentales	350 - 108
Barnidipino	Hipertensión	84 - 18
Escitalopram	Enf. Mentales	199 - 56
Felodipino	Osteoporosis	431 - 98
Moxifloxazina	Inf. Respiratorias	674 - 86
Nateglinida	Diabetes	182 - 53
Quetianida	Enf. Mentales	238 - 63
Reboxetina	Enf. Mentales	202 - 42
Telitromicina	Inf. Respiratorias	1,077 - 220
Telmisartan	Hipertensión	908 - 197
Zuclopentixol	Enf. Mentales	51 - 8
Impacto Total Muestra B		10,128 - 2,091
Impacto Total Muestra A + Muestra B		18,260 - 5,393

Fuente: Elaboración propia en base a Apoyo Consultoría (2005)

El impacto para el mercado público es calculado sobre las compras de ESSALUD, el MINSA y el INEN, básicamente por la mayor información existente para estas instituciones. El impacto total, para ambas muestras, asciende a S/. 4.6 millones (US\$ 1.4 millones) anuales. El mayor impacto se da sobre las compras de ESSALUD, que tendría una pérdida total de S/. 4.2 millones (91% del total de pérdidas para el sector público), principalmente por el mayor costo de las medicinas para el SIDA (ver siguiente cuadro).

Cuadro N° 29
Mercado Público: Impacto en compras del MINSA, EsSalud e INEN

Nombre	Enfermedad Principal	Soles por Año
Muestra A		
Venlafaxima	Psicofarmacos	603
Clozapina	Psicofarmacos	270,045
Hidroxicarbamida	Cancer	93,993
Mitoxantrona (ESSALUD)	Cancer	16,307
Rosiglitazone 8 mg	Diabetes	23,352
Rosiglitazone 4 mg	Diabetes	11,868
Nelfinavir 250 mg	Antiinfecciosos (SIDA)	2,264,731
Nelfinavir 50 mg en polvo	Antiinfecciosos (SIDA)	7,615
Abacavir	Antiinfecciosos (SIDA)	50,217
Efavirenz	Antiinfecciosos (SIDA)	701,183
Levofloxacina	Antiinfecciosos (SIDA)	4,423
Bisoprolol 2.5 mg	Apa Cardiovascular	30,413
Bisoprolol 5 mg	Apa Cardiovascular	44,194
Bisoprolol 10 mg	Apa Cardiovascular	24,520
Carvedilol 12.5 mg	Apa Cardiovascular	927
Carvedilol 25 mg	Apa Cardiovascular	3,125
Clozapina	Enfermedades mentales	107,564
Mitoxantrona (INEN)	Cancer	188,946
Impacto Total Muestra A		3,844,026
Muestra B		
Rivastigmine	Neurologia	15,828
Reboxetine	Psicofarmacos	5,519
Acetato	Psicofarmacos	10,464
Capecitabine	Cancer	74,031
Exemestano	Cancer	5,967
Lopinavir	Antiinfecciosos (SIDA)	547,642
Lopinavir	Antiinfecciosos (SIDA)	5,349
Lopinavir	Antiinfecciosos (SIDA)	1,237
Capecitabina	Cáncer	93,959
Exemestano	Cáncer	817
Amifostina	Cáncer	794
Impacto Total Muestra B		761,607
Impacto Total Muestra A + Muestra B		4,605,633

Fuente: Elaboración propia en base a Apoyo Consultoría (2005)

Como vemos, en general los costos para el sector público son bajos. En parte, porque este análisis no cuantifica la pérdida de acceso a los medicamentos, sólo cuantifica el mayor ingreso que tendrían que destinar los consumidores. Además, esta subestimado en gran medida, ya que omite el impacto en una serie de medicamentos por no contar con datos suficientes, y sólo se enfoca en las enfermedades consideradas como principales.

b. El estudio del Ministerio de Salud⁵⁴

Estima el impacto de la protección de los datos de prueba, siguiendo el Sistema de Demanda Casi Ideal para 3 bienes: medicamentos originales, genéricos de marca y genéricos en Denominación Común Internacional (DCI). La estimación se realiza por

⁵⁴ MINSA. *Evaluación de los potenciales efectos sobre el acceso a medicamentos del Tratado de Libre Comercio que se negocia con los EEUU*. Abril 2005

medio de una simulación contrafactual, donde se asume que la protección de datos de prueba tendrá un efecto negativo sobre la oferta de medicamentos genéricos. Se asume que la venta total de medicamentos no cambia, sólo se dan reacomodos entre los 3 tipos de bienes.

En primer lugar, se estima el efecto sobre el precio de los medicamentos para el periodo 2006 – 2017. En el primer año (2006), el aumento promedio de precios sería 9.6% (medicamentos originales 12.5%, genéricos de marca 4.3% y genéricos DCI 0.7%). En el período más probable (2011–2017), el precio promedio aumentaría entre 55% (2011) y 100% (2017). Como vemos en el siguiente cuadro, los medicamentos originales son los que más aumentarían de precio.

Cuadro N° 30
Efectos sobre el precio de los medicamentos (2006 –2017)

Año		Aumento Promedio	Medicamentos originales	Genéricos de marca	Genéricos DCI
Período Probable	2006	9.60%	12.50%	4.30%	0.70%
	2007	19.10%	24.90%	8.30%	1.50%
	2008	28.60%	37.20%	12.10%	2.20%
	2009	37.80%	49.30%	15.70%	3.00%
	2010	46.70%	61.10%	19.00%	3.70%
Período Más Probable	2011	55.40%	72.50%	22.20%	4.40%
	2012	63.70%	83.60%	25.10%	5.00%
	2013	71.60%	94.20%	27.90%	5.60%
	2014	79.20%	104.30%	30.50%	6.20%
	2015	86.40%	114.00%	33.00%	6.80%
	2016	93.20%	123.20%	35.30%	7.30%
	2017	99.60%	132.00%	37.50%	7.70%

Fuente: Elaboración propia en base a MINSA (2005)

En segundo lugar, el estudio muestra el efecto directo de aplicar la protección de los datos de prueba. En el primer año (2006), se tendría un gasto adicional de US\$ 34.4 millones (US\$ 29 millones asumidos por las familias y US\$ 5.4 millones por el MINSA y ESSALUD). Mientras que en el período más probable, el gasto adicional sería entre US\$ 130.7 millones (2011) y US\$ 169.3 millones (2017), donde el mayor gasto lo llevan los hogares. Dado que durante el TLC también serán concurrentes los efectos del actual sistema de patentes (efecto OMC), en el estudio se separan ambos efectos. Así, se determina el impacto total del TLC y del actual sistema de la OMC (ver siguiente cuadro).

Cuadro N° 31
Impacto de la Protección de los DPI y el TLC (Millones de US\$)

	Año	Total	MINSA	ESSALUD	Hogares	Ocurrencia
Efecto	2006	48.8	2.8	6	40.1	Probable
	2007	90.1	5.5	12	72.7	
Total	2011	205.8	15.7	34.2	155.9	Muy Probable
	2017	300.9	28	61.2	211.7	
Efecto	2006	14.4	1.1	2.1	11.1	Probable
	2007	27.3	2.2	4	21.1	
OMC	2011	75	5.9	11	58.1	Muy Probable
	2017	131.6	10.4	19.3	101.8	
Efecto	2006	34.4	1.6	3.9	28.9	Probable
	2007	62.8	3.3	8	51.5	
TLC	2011	130.7	9.7	23.2	97.9	Muy Probable
	2017	169.3	17.6	41.8	109.9	

Fuente: Elaboración propia en base a MINSA (2005)

El estudio también mostró el impacto sobre la cobertura del MINSA y ESSALUD en relación a las enfermedades de alto costo. En el caso del SIDA, se estima que para el año 2006 se quedarán sin tratamiento 171 personas. Pero, esta cifra se incrementa considerablemente años después, en el 2011 serían 1,650 las personas que no serán atendidas y en el 2027 serían 4,488 personas. Sobre la Diabetes, se halló que en el año 2006 habrían 6,600 personas sin tratamiento, mientras que en el 2011 y 2017 serían 43,000 y 228,000, respectivamente (ver siguiente cuadro).

Cuadro N° 32
Efecto sobre la cobertura del MINSA y ESSALUD

Enfermedad	Período	Personas sin tratamiento
SIDA	2006	171
	2011 - 2017	1,650 - 4,488
Diabetes	2006	6,600
	2011 - 2017	43,000 - 228,000

Fuente: Elaboración propia en base a MINSA (2005)

El estudio también incluyó el impacto sobre otras enfermedades recurrentes en el país, tales como: TBC multidrogo resistente, cáncer, depresión (enfermedad mental predominante) y malaria por falcíparum. Los resultados muestran que para el año 2006, se requeriría de un gasto adicional de US\$ 300 mil para dar 100% cobertura a los pacientes multidrogo-resistentes; y de US\$ 733 mil para cubrir a los pacientes que sufren de depresión. En el caso del cáncer, para mantener la misma cobertura, se requerirá de unos US\$ 340 mil adicionales. Los costos del tratamiento de la malaria no sufrirán grandes cambios, aunque hay que notar que el tratamiento de la malaria requiere cambiar de drogas cada 7 años (si se incluye este efecto, los costos aumentarían significativamente). Así, aunque el impacto sobre el costo del tratamiento de estas enfermedades es pequeño al inicio, los costos crecerían exponencialmente si se considera los medicamentos que puedan desarrollarse en los próximos años, especialmente, para los casos de depresión y cáncer.

Cuadro N° 33
Impacto global en tratamiento de otras enfermedades
De alto costo (US \$)

Año	TBC	Malaria	Cáncer	Depresión
2006	300,135	291	341,098	733,613
2007	577,759	2,128	675,282	1,566,365
2008	831,414	3,771	999,948	2,497,003
2009	1,060,479	3,869	1,313,242	3,524,103
2010	1,265,015	1,645	1,613,960	4,646,240
2011	1,444,440	1,977	1,901,417	5,858,641

Fuente: Elaboración propia en base a MINSA (2005)

Finalmente, el estudio mostró que la reducción de aranceles –como resultado del TLC- no disminuye necesariamente el precio de los medicamentos. Se mencionó que los medicamentos Oncológicos, no redujeron sus precios después de que el gobierno redujo los aranceles a su importación. Los precios incluso se incrementaron, causando un doble perjuicio al conjunto social (también redujeron los ingresos fiscales). Todos los beneficios de la medida, significaron US\$ 1 millón de ganancias adicionales anuales para las empresas farmacéuticas. De una muestra de 200 medicamentos oncológicos solamente el 8% rebajaron sus precios en 20% o más, el resto rebajó menos, no bajó o incluso un grupo de 23% de medicamentos aumentaron sus precios.

c. Estimaciones propias

Para encontrar el impacto económico de aplicar la protección de los datos de prueba en Perú, se realizaron estimaciones siguiendo dos metodologías distintas. En primer lugar, se desarrolló un modelo contrafactual, basado en la teoría de monopolio; y en segundo lugar, se aplicó el modelo prospectivo de la OPS. Los resultados de impacto hallados, son sólo sobre el sector privado (que explica cerca del 80% del mercado farmacéutico), a diferencia de los anteriores estudios que también consideran el impacto sobre las principales instituciones públicas.

Modelo Contrafactual

La metodología aplicada, se basa en estudios anteriores de Fedesarrollo sobre el impacto económico de las patentes, sustentados en la teoría de monopolio⁵⁵. Se asume que la protección de los datos de prueba conduce a una situación de monopolio similar al de las patentes.

Este análisis consiste en estimar el impacto económico, que hubiese tenido adoptar la protección de los datos de prueba para las nuevas entidades químicas (NEQs), entre 1999 y 2003⁵⁶ (esto es, 5 años de protección).

⁵⁵ ZULETA. “Incidencia del régimen de patentes de la industria farmacéutica sobre la economía colombiana”. 1999. ZULETA. “Efectos económicos y sociales de la regulación sobre la industria farmacéutica colombiana: El Caso de los Estudios de Bioequivalencia y Biodiversidad, de los Secretos Empresariales y las Buenas Prácticas de Manufactura”. 2004

⁵⁶ Para el presente estudio sólo existe información relevante del mercado farmacéutico hasta el 2003.

Para estimar el impacto contrafactual, se identificó una muestra de medicamentos relevantes. Siguiendo la metodología de Fedesarrollo, se seleccionaron los medicamentos correspondientes a las Nuevas Entidades Química (NEQs) no patentadas registradas entre 1999 y 2003. Estos medicamentos fueron divididos en dos muestras. La primera (muestra A) corresponde a aquellas moléculas que entraron al mercado bajo un monopolio, pero después adquirieron competencia al ser copiadas por otras industrias farmacéuticas⁵⁷. La segunda (muestra B) agrupa a las moléculas que no fueron copiadas (mantuvieron un monopolio a pesar de que no existía ninguna restricción para ser copiadas)⁵⁸.

El impacto total corresponde a suma de los costos hallados para ambas muestras. Los resultados se muestran en el siguiente cuadro, como vemos el efecto sobre la muestra A se encuentra entre US\$ 10.4 y US\$ 14.6 millones; mientras que para la muestra B se encuentra entre US\$ 8.6 y US\$ 13.4 millones.

Cuadro N° 34

Escenarios		Impacto según diferentes elasticidades (en US\$ millones)									Total Prom
		PES			PEC			Total (PEC+PES)			
Muestra	Diferencial	e=0.6	e=0.75	e=1	e=0.6	e=0.75	e=1	e=0.6	e=0.75	e=1	
Medicamentos actualmente en competencia	Promedio e innovador	6.90	8.63	10.35	2.26	1.97	1.75	9.16	10.60	12.10	10.62
	Minimo e innovador	10.4	12.94	15.5	1.97	1.7	1.49	12.32	14.64	17.02	14.66
Medicamentos no patentados actualmente bajo monopolio	Se asume 1.62	2.13	2.99	4.71	4.64	5.21	6.16	6.77	8.20	10.87	8.61
	Se asume 2.22	3.94	5.63	9.07	6.14	7.01	8.47	10.08	12.64	17.54	13.42

Fuente: Elaboración propia.

El resultado total, corresponde a la suma de los costos hallados para ambas muestras, ya que si la protección de los datos de prueba se hubiese adoptado en 1999, ambas muestras de medicamentos se hubieran visto afectadas. Así, el posible efecto sobre el sector privado, se encuentra entre US\$ 19.23 y US\$ 28.08 millones para el primer año de protección, y el acumulado en 5 años de protección sería como mínimo sería entre US\$ 96.15 y US\$ 144 millones (esto, asumiendo que los costos se mantienen para cada año).

⁵⁷ Si la medida de protección de los datos de prueba se hubiera aplicado en 1999, estas moléculas no hubieran podido ser copiadas, por lo que el impacto de esta medida se calcula a partir del efecto negativo de pasar de una situación de competencia a una de monopolio.

⁵⁸ Para calcular el impacto se asume que estas moléculas fueron copiadas y se estima el efecto que hubiese tenido adoptar la protección de los datos de prueba en 1999. Para ello es necesario calcular los posibles precios y cantidades vendidas de las moléculas si actualmente se encontraran bajo competencia, y comparar esta posible situación de competencia con la actual situación de monopolio.

Cuadro N° 35

Análisis contrafactual basado en teoría de monopolio	Impacto total de ambas muestras (US\$ millones)			
	e = 0.6	e = 0.75	e = 1	Promedio
Diferencial promedio e innovador	15.93	18.80	22.97	19.23
Diferencial mínimo e innovador	22.40	27.28	34.56	28.08

Fuente: Elaboración propia.

Modelo Prospectivo Dinámico de la OPS

Las estimaciones basadas en el modelo prospectivo de la OPS⁵⁹, muestran que para el primer año de protección, el efecto sería entre US\$ 16.8 y US\$ 22.2 millones. Mientras que el impacto acumulado -de cinco años de protección- es entre US\$ 129 y US\$ 170 millones.

Cuadro N° 36

Modelo Prospectivo (según diferenciales asumidos)	Impacto para 5 años de protección (US\$ millones)					Impacto acumulado en 5 años
	2005	2006	2007	2008	2009	
Diferencial de 1.62	16.83	21.01	25.7	30.93	34.61	129.08
Diferencial de 2.22	22.16	27.67	33.84	40.73	45.58	169.98

Fuente: Elaboración propia.

En general, los resultados de ambas estimaciones, según el modelo contrafactual y el prospectivo, no difieren en gran medida. Los posibles resultados del análisis contrafactual para un año se encuentran entre US\$ 15,93 y US\$ 34,56; y dentro de este intervalo se encuentran los resultados del modelo prospectivo estimados para el primer año de protección.

La metodología de la OPS, a diferencia del modelo contrafactual, tiene la ventaja de que puede estimar las pérdidas acumuladas de la protección de los datos de prueba, y no sólo las pérdidas durante un año. Como vemos, el impacto de la protección va aumentando cada año, ya que tanto el mercado farmacéutico como las moléculas sensibles aumentan. Esto puede darnos una mejor idea de lo que podría ocurrir en el futuro, si se acepta adoptar la protección de los datos de prueba. Sin embargo, una de las limitaciones del modelo de la OPS, es que no trabaja con la información existente en el mercado, debe asumir una serie de tasas de crecimiento para aproximar las características futuras del mercado farmacéutico privado.

Asimismo, si comparamos las estimaciones propias y el estudio del MINSA, encontramos que los resultados de ambos estudios son cercanos, en cuanto al efecto sobre el sector

⁵⁹ Esta metodología se encuentra en: OPS. “Modelo Prospectivo del Impacto de la Protección a la Propiedad Intelectual sobre el Acceso a Medicamentos en Colombia”. 2004.

privado. Mientras que, los resultados del estudio del MINCETUR difieren significativamente, mostrando menores costos.

2.2.3. *Uso de Salvaguardias en el TLC*

En relación a las salvaguardias, mientras que en otros TLCs, como el caso de Chile, se establece que la protección de los datos será efectiva excepto cuando sea necesario para proteger al público. En el caso de Perú, se llegó a un entendimiento sobre Ciertas Medidas de Salud Pública del Capítulo sobre Propiedad Intelectual⁶⁰, pero no queda claro el carácter vinculante de este entendimiento, que no forma parte del Capítulo.

Además, este entendimiento sólo hace alusión al párrafo 6 de la Declaración Doha⁶¹, que se refiere al procedimiento y criterios aplicados a la hora de emplear una licencia obligatoria. Pero, no hace referencia específica al uso de las flexibilidades del ADPIC, a la libertad de los Estados para definir sus usos, o para declarar una emergencia nacional. Tampoco, se menciona nada sobre importaciones paralelas. De este modo, no queda claro en que medida podrán ser usadas las salvaguardas en el marco de Doha.

Cabe mencionar que la normativa nacional, permite las licencias obligatorias por razones de interés público, emergencia o seguridad nacional; o cuando se presenten prácticas que no correspondan al ejercicio regular del derecho de propiedad industrial y afecten la libre competencia. Además, se facultan las importaciones paralelas, al establecer que el titular de la patente no podrá ejercer el derecho de impedir que terceros, sin su consentimiento, importen un producto objeto de la patente (cuando se trate del producto patentado que hubiere sido puesto en el comercio en cualquier país).

La evidencia empírica muestra que el uso de licencias obligatorias (eliminadas según ADPIC PLUS) para producir genéricos, reduce casi inmediatamente el precio de los medicamentos. Por ejemplo, Brasil amenazó con usar estas licencias en 2001 para producir genéricos en la lucha contra el SIDA y de esta forma se redujo el precio de varios Antiretrovirales (ARVs). Por ejemplo: el Indinavir se redujo en 64.8%, el efavirenz (Merck) en 59%, el Lopina en 46% y el nelfinavir (Roche) en 40%. En 2003, estos mismos ARVs representaban el 63% del presupuesto nacional para el programa de lucha contra el SIDA y la misma práctica logró que se redujeran los precios. De aceptar el TLC, los países andinos se verían limitados en poder recurrir a los medicamentos genéricos o a introducir competencia en defensa de la salud pública.

⁶⁰ Ver Anexo 1

⁶¹ OMC. *Aplicación del párrafo 6 de la Declaración de Doha Relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud Pública*. Decisión de 30 de agosto de 2003.

2.3. Conclusiones

Las medidas ADPIC – Plus contenidas en el Capítulo sobre propiedad intelectual del TLC, van a significar altos costos para el Perú, en relación al uso sostenible de la biodiversidad y al acceso a la salud pública.

En relación a la biodiversidad, un tema central tiene que ver con la ratificación de la UPOV -1991, que implica mayores niveles de protección que los contenidos en la Decisión 345 de CAN. Los mayores afectados serán los agricultores, a los que no se les permitirá conservar y usar semillas para desarrollar sus propias variedades. De otro lado, el TLC –más allá de un reconocimiento retórico- no reconoce la real dimensión de los Conocimientos Tradicionales de las comunidades locales, ni establece mecanismos para una repartición justa de los beneficios por el uso de estos conocimientos y de la biodiversidad.

De otro lado, las medidas contenidas en el TLC también tienen claros efectos sobre el acceso a la salud pública. En las secciones anteriores, se han visto las grandes diferencias de precios existentes entre los medicamentos genéricos (en DCI o de marca) y los originales. Además, se han mostrado los resultados de algunos estudios de impacto, sobre el costo de implementar la protección de los datos de prueba. Así como, estimaciones propias del impacto, en el largo plazo, de alargar el plazo de las patentes.

Es claro que el TLC entra en conflicto con la Declaración de Doha, en la medida que restringe el acceso a los medicamentos esenciales de menor costo. Los estándares ADPIC Plus, son un instrumento eficaz para mantener el poder monopólico de las transnacionales farmacéuticas, y evitar el ingreso al mercado de medicamentos genéricos de menor costo (limitando la cobertura del sistema de salud público e incrementado el gasto en salud de los hogares).

Esto puede agravarse en un país como Perú, en el que actualmente gran parte de la población no tiene acceso a los medicamentos debido al continuo aumento de los precios (el IPC de medicamentos siempre está por encima del IPC Global), y a que el actual seguro de salud estatal cubre a un porcentaje muy reducido de la población (en el 2003 apenas el 26% de la población estaba asegurada).

La pérdida de acceso a medicamentos, así como los costos sobre la biodiversidad, representan los mayores peligros del TLC en el Capítulo de propiedad intelectual. Pero, también hay que notar que existen otros costos, relacionados con todos aquellos bienes que tienen algún componente de propiedad intelectual.

En este sentido, se puede mencionar el estudio de INDECOPI, que muestra la incidencia de los Derechos de Propiedad Intelectual en el gasto de las familias, en el marco del TLC. El estudio se basa en el supuesto de que los ADPIC–Plus van a conducir a un aumento de la participación de los bienes de alta tecnología, en el consumo de las familias. La incidencia de los bienes de alta tecnología en el consumo se determina a partir de los componentes de propiedad intelectual (CPI), calculados por medio de la Tabla Insumo Producto. En base a las estimaciones se obtiene que el incremento del gasto de los hogares,

originado por una mayor incidencia de los CPI en la canasta de bienes y servicios (considerando cifras del año 2004), ascendería a S/.3,924 millones (US\$ 1,189 millones). De este modo, el estudio muestra el efecto sobre todos los bienes sensibles a las medidas de propiedad intelectual, y no sólo sobre los medicamentos.

Compensaciones en el sector salud

Ante el efecto negativo del Capítulo 16 del TLC (Propiedad Intelectual) sobre el acceso a los medicamentos, la ministra de salud anunció tres medidas que serían tomadas para mitigar dicho impacto (ver siguiente cuadro).

Cuadro N° 37
Medidas Compensatorias para el Sector Salud

1	Se establecerá un Fondo de Compensación, que será usado para cubrir cualquier necesidad de compra adicional de medicamentos en el MINSA. El monto del fondo, que será flexible, aún no se ha sido determinado.
2	Se reforzará con S/. 18 millones a la Dirección General de Medicamentos (DIGEMID) con la finalidad de enfrentar la piratería de medicinas
3	Implementación de un observatorio de evaluación de precios de los medicamentos que permitirá a los pacientes consultar los precios y averiguar donde encontrar los medicamentos más baratos

El establecimiento de un fondo de compensación para el MINSA es importante, en la medida de que este garantice una cobertura similar a la actual, principalmente en las enfermedades más sensibles (como el SIDA, Cáncer, diabetes, etc.) que requieren medicamentos de última generación.

Sin embargo, la realidad es que el impacto del TLC sobre el mercado de medicamentos del sector público es reducido en comparación con el impacto sobre el sector privado. En general, los principales afectados con el aumento del precio de las medicinas son los hogares, quienes explican casi el 80% del mercado de medicamentos. De este modo, las compensaciones no bastarían, al cubrir sólo las compras de medicamentos por parte del MINSA. Esto es más evidente cuando se sabe que, el actual seguro de salud del sector público cubre a menos del 30% de la población.

De otro lado, la iniciativa de proveer mayores fondos a la DIGEMID para enfrentar la piratería de medicamentos resulta fundamental. Es claro que ante el aumento de los precios de los medicamentos, la producción ilegal de los mismos aumentará ya que las personas los adquirirían por sus menores precios. Sin embargo, habría que analizar en que medida un monto de S/. 18 millones será suficiente para enfrentar este peligro.

Finalmente, la implementación de un observatorio sobre precios de medicamentos, si bien ayuda a los consumidores a encontrar los menores precios, no compensa el aumento de los precios en el sector privado.

ANEXO N° 1

El valor económico de los Conocimientos Tradicionales (CT)

El valor de los CT está estrechamente relacionado con el desarrollo de nuevos productos con valor comercial. En general, el valor de estos conocimientos depende de su eficacia para reducir los costos de búsqueda y bioprospección (aumentar la probabilidad de éxito que enfrentan las industrias).

Simpson y Sedjo (1996)⁶² señalan que la probabilidad de éxito de una empresa en un proceso de investigación, es de sólo 2/100,000. Pero, esta baja probabilidad es compensada por el alto valor de los eventuales beneficios. Si se contara con información que incremente la probabilidad de éxito, el beneficio esperado aumentaría sustancialmente y la inversión en I&D podría convertirse en una actividad altamente rentable.

Siguiendo a Simpson y Sedjo (1996), se puede realizar un simple ejercicio para aproximar el valor de los Conocimientos Tradicionales. Asumiendo que los beneficios eventuales, del desarrollo de un producto comercial, ascienden aproximadamente a US\$125 millones y que el costo de iniciar la investigación es aproximadamente US\$1000, entonces el valor esperado (VE) de la actividad es:

$$VE = US\$ (125'000,000 * 0.00002 - 1,000)$$

$$VE = US\$ (2,500 - 1,000)$$

$$VE = US\$ 1,500$$

Sin embargo, si la empresa contara con información sobre las sustancias investigadas (provenientes de los CT de los pueblos indígenas) previa a sus estudios, la probabilidad de éxito aumentaría considerablemente.

Siguiendo con el ejercicio, se asume una probabilidad de éxito de 1/10 (gracias al uso de los CT), entonces el valor esperado de la investigación ascendería a cerca de US\$ 12,5 millones. Es decir, la empresa solicitante podría estar dispuesta a pagar una cantidad cercana a los US\$ 12 millones a fin de obtener un conocimiento que le garantice un incremento en su probabilidad de éxito a un décimo.

En una entrevista José Luis Silva⁶³ mencionó que algunos laboratorios farmacéuticos, basados en su experiencia, sostienen que la probabilidad de éxito en el desarrollo de una molécula es de 1/5000. Y que gracias al uso de los CT para algunos estudios, la probabilidad de éxito de la bioprospección aumenta considerablemente a cerca de 1/3, con lo cual se reducen significativamente los costos.

Asumiendo estas nuevas probabilidades proporcionadas por Silva, para el ejercicio anterior, se tiene que el beneficio sin el uso de los CT sería de US\$25,000 mientras que con el uso de estos conocimientos los beneficios ascienden a US\$41,6 millones.

Es importante resaltar que las cifras proporcionadas por los ejercicios anteriores tienen sólo un carácter referencial. Sin embargo, ilustran el hecho de que para las empresas dedicadas a la bioprospección, el valor económico de los CT está en función de cuánto incrementan la probabilidad de éxito de las investigaciones. Muestran como los beneficios de los laboratorios se pueden incrementar por el uso de los CT, y por lo tanto debería existir alguna retribución justa a los portadores de estos conocimientos, las comunidades indígenas.

⁶² SIMPSON R, y SEDJO R. Valuation of Biodiversity for use in new product research in a model of sequential research. Discussion Paper 96-27, Resources for the Future. Washington D.C., 1996.

⁶³ Gerente General de Laboratorios HERSIL y presidente del Instituto Peruano de Productos Naturales. Especialista en la comercialización y promoción de medicamentos y productos naturales peruanos con fines terapéuticos.

ANEXO N° 2

Beneficios de las Empresas que comercializan productos fitomedicinales (2000)

Nombre y uso de la planta	Región de origen	Precio EEUU*	Precio en el país de origen**	Beneficio Comercial
Azadirachta indica Margosa (Neem) Plaguicida	Sudeste de India Asia, África	\$524	Precio de fábrica: \$ 0,40 / kg Por aceite de calidad medicinal hasta US\$ 69 (India)	87% - 99% (Para el productor indio de aceite: 0,08% - 13%)
Centella asiática Gotu Kola Estrés, depresión	India, Asia	\$437	Precio herboristerías: \$ 0,75 - 1,25 (hojas, Los Baños, Filipinas)	>99% (Para herborista, también con frecuencia cultivador: 0,23%)
Harpagophytum procumbens Harpadol Garra del diablo, Artritis	Namibia, Sudáfrica Botswana	\$702	Precio del recolector: \$0,16 - 0,66 Precio exportación: \$ 2,30 - 3,28	99,21% (recolector: 0,06%)
Lingustizom porteri Oshahtp	Estados Unidos (nativos americanos)	\$1.38	Precio contractual de los indios agricultores: US\$ 0,44 (planta)	>99,9% (captado por otros actores que no)
Piper methysticum Kava Bebida ceremonial	Pacífico	\$253 \$2.49	Precio en mercado local: \$5,95 - 6,62	97,5% - 99,75%
Prunus africana Pygeum Aparato urinario	África subsahariana Camerún	\$991	Precio recolector: \$ 0,17-0,35 la corteza (\$35-72 por kg de extracto)	94% - 96,5%
Syzygium jambolanum Jambul Diabetes	Asia del Sur, China Sudeste asiático	\$641	Precio del agricultor: \$0,125-0,25 Precio del mercado: \$0,35-0,50	> 99,5% (agricultor: £ 0,05%)
Tabebuia impetiginosa Palo de Arcohtp Digestivo	América Central y Sur Paraguay y Brasil	\$1.11	Precio del mercado: \$20 (Asunción: \$ 0,20 por 10g)	>95%
Uncaria tomentosahtp Uña de gato Indicaciones varias	Perú	\$1.16	Precio recolector: \$0,24-0,35 Precio venta Perú: \$14,87-20,30	

* Por kilo de ingrediente activo de muestra del producto de venta en Seattle, julio de 2000, en US\$

** Por kilo de material vegetal, en US\$

Fuente: "La Biodiversidad en venta: Desenmascarando la quimera de la participación de beneficios". EN: Conflicto entre comercio y biodiversidad. N° 4 - abril 2001 Gaia/GRAIN

ANEXO N° 3

ENTENDIMIENTO RESPECTO DE CIERTAS MEDIDAS DE SALUD PÚBLICA

Las obligaciones del Capítulo Dieciséis del Tratado no deberán afectar la capacidad de una Parte de adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública, promoviendo el acceso universal a las medicinas, en particular en relación con casos tales como HIV/SIDA, tuberculosis, malaria y otras epidemias, así como circunstancias de extrema urgencia o emergencia nacional

En reconocimiento del compromiso de acceder a medicinas suministradas de conformidad con la Decisión del Consejo General del 30 de agosto de 2003 sobre la

Implementación del Párrafo Seis de la Declaración de Doha relacionada con el Acuerdo ADPIC y la Salud Pública (WT/L/540) y la Declaración del Presidente del Consejo General de la OMC que acompaña la Decisión (JOB(03)/177, WT/GC/M/82)

(conjuntamente, la “Solución ADPIC/Salud”), el Capítulo Dieciséis no impide la efectiva utilización de la Solución ADPIC/Salud.

En relación con los asuntos mencionados anteriormente, **si una enmienda del Acuerdo de la OMC sobre Aspectos Relacionados con los Derechos de Propiedad Intelectual (1994) entra en vigor** con respecto a las Partes y la aplicación por esa Parte de una medida que esté en conformidad con esa enmienda infringe el Capítulo Dieciséis del Tratado, **nuestros Gobiernos deberán inmediatamente iniciar consultas a fin de adaptar el Capítulo Dieciséis según corresponda a la luz de la enmienda.**

III. INVERSIONES

Según los representantes del MINCETUR, el Capítulo de inversiones del TLC establece reglas de juego claras y predecibles para promover las inversiones en nuestro país. Por ello, una de las principales promesas del TLC es el aumento de los flujos de inversión directa extranjera (IED) de EEUU hacia el Perú, lo que tendría el potencial de hacer una importante contribución al desarrollo sostenible del país.

Sin embargo, algunos estudios⁶⁴ muestran que no existe evidencia de que un tratado internacional vaya a generar mayores niveles de inversión, y hay otras variables como: tamaño de mercado, crecimiento del mercado, estabilidad institucional, que tienen mayor relevancia. Además, el hecho de que la IED sea beneficiosa o perjudicial para el desarrollo de un país, depende en gran parte de la calidad y del tipo de inversión que se de, así como del sistema regulatorio del país. De este modo, resulta importante considerar hasta qué punto, las propuestas de EEUU propiciarán una inversión de mayor calidad en Perú.

En este sentido, muchos han señalado que el TLCAN ha generado un enorme flujo de IED hacia México, creando muchas oportunidades de desarrollo. Sin embargo, una parte muy importante fue inversión de cartera de corto plazo, que no se tradujo en proyectos productivos. Además, el 20% de la IED se dio en la forma de fusiones y adquisiciones, que no significan inversiones nuevas. Esto suele ir acompañado de medidas de racionalización que producen pérdidas de empleo⁶⁵.

Es claro que para México, el TLCAN no ha propiciado un flujo de IED de buena calidad que asegure un desarrollo sostenible para el país. La IED en México, no ha conducido a un fortalecimiento significativo de la competitividad del sector industrial, ni a una transferencia significativa de tecnología a las empresas locales.

Como veremos en las siguientes secciones, el Capítulo sobre inversiones del TLC incluye una serie de disposiciones que en vez de fomentar mejores prácticas de inversión, reduce la capacidad del país para regular la IED y ligarla con las metas de desarrollo nacional. El Perú, quedará imposibilitando de exigir un comportamiento responsable a los inversionistas extranjeros⁶⁶, y será muy vulnerable a caer en controversias entre inversionistas y el Estado.

⁶⁴ Ver por ejemplo: Hallward Driemeier y UNCTAD (1999)

⁶⁵ NADAL, A. y otros. "Los Siete Mitos del TLC". EN: La Jornada. 12 de diciembre del 2003.

⁶⁶ OXFAM. "El traje nuevo del emperador". 2003

1. Definiciones

Se habla de un *concepto de inversión* demasiado amplio⁶⁷, que cubre:

“... todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo...” (Artículo 10.28: Definiciones)

Asimismo, se mencionan las siguientes formas que puede adoptar una inversión:

“(a) una empresa; (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa; (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;12 13 (d) futuros, opciones y otros derivados; (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares; (f) derechos de propiedad intelectual; (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna;14 15 y (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles...” (Artículo 10.28: Definiciones)

En términos generales, el concepto de inversión contenido en el TLC es compatible con la Normativa Andina (Decisión 291), así como con la legislación nacional (Decreto Legislativo 662)⁶⁸. Sin embargo, habría que analizar la inclusión en el TLC, de diversos pie de páginas aclaratorios del sentido de algunas de las modalidades de inversión. Por ejemplo, se menciona que es más probable que algunas formas de deuda, como bonos, obligaciones y pagarés a largo plazo, tengan las características de una inversión, mientras que es menos probable que otras formas de deuda, tales como reclamos de pago de vencimiento inmediato y como resultado de la venta de bienes o servicios, tengan estas características. Se limita el que se tenga como inversión a ciertos créditos y préstamos y a las inversiones en cartera de corto plazo, lo que no se ajusta a lo establecido por los países andinos –esto esta en el Capítulo de servicios financieros-.

El concepto de inversión, incluye explícitamente a todos los derechos de propiedad intelectual. Esto va más allá de la Normativa Andina, la que considera como aporte de capital *“...las contribuciones tecnológicas intangibles, tales como marcas, modelos industriales, asistencia técnica y conocimientos técnicos patentados o no patentados que puedan presentarse bajo la forma de bienes físicos, documentos técnicos e instrucciones”* (Decisión 291 de la CAN, Artículo 1).

⁶⁷ Que entre otros, incluye instrumentos de deuda (incluyendo la deuda pública, salvo la deuda bilateral), contratos de concesión, producción y similares; los derechos de propiedad intelectual y las licencias, autorizaciones y derechos similares conferidos de conformidad con la ley del país.

⁶⁸ Gonzalo Capriles. *Impacto de las Negociaciones Hemisféricas: Implicancias en Inversiones*. Secretaría General de la CAN. Documento Informativo SG/di 717. Marzo de 2005

De otro lado, el hecho de considerar como inversión a las “*licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna*”, significa que si un gobierno revoca una licencia (protegida mediante la legislación interna), por cualquier razón, también quedaría sujeto a ser demandado bajo un proceso de resolución de controversias entre inversionista y Estado contemplado en este Capítulo⁶⁹.

El **concepto de inversionista** usado en el TLC, al igual que el concepto de inversión, es bastante amplio, incluyendo lo siguiente:

*“...una empresa del Estado, o un nacional o empresa de la Parte, **que intenta realizar**, a través de acciones concretas, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte; considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva”* (Artículo 10.28: Definiciones).

Dentro de la Normativa Andina (Decisión 291), no existe una definición general sobre el concepto de inversionista extranjero. Se definen específicamente los conceptos de inversionista nacional (el Estado, las personas naturales nacionales y las personas jurídicas definidas como nacionales por las legislaciones de los Países Miembros), subregional (inversionista nacional de cualquier País Miembro) y extranjero (propietario de una inversión extranjera directa). Esto debido al enfoque empleado, en el que una empresa puede ser nacional, mixta o extranjera. En general, según la Normativa Andina, un inversionista extranjero es aquel que conjuga elementos de aportes de capital y de control, sobre las operaciones de la empresa a la que ese capital es aportado.

Sin embargo, según la definición contenida en el TLC, se considera inversionista extranjero incluso a quien intenta, a través de acciones concretas, realizar una inversión en el país de la otra parte. De este modo, el inversionista es considerado como tal, antes de realizar efectivamente la inversión, lo cual no es conforme con la Normativa Andina. Otro punto disconforme con esta normativa, tiene que ver con la mención que se hace sobre la doble nacionalidad, tema que no es tocado por los países de la CAN.

2. **Ámbito de aplicación**

Según el Artículo 10.1, sobre el ámbito de aplicación, el Capítulo sobre inversiones se aplica a:

*“(a)...**las medidas que adopte o mantenga** una Parte relativas a: los inversionistas de otra Parte; (b) inversiones cubiertas; y (c) **todas las inversiones en el territorio de la Parte, en lo relativo a los Artículos 10.9 y 10.11**”* (Artículo 10.1: Ámbito de aplicación y cubrimiento, literal 1).

⁶⁹ Henry Ml. Mora Jiménez. “101 Razones para Oponerse al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos”. Escuela de Economía, Universidad Nacional. Septiembre de 2004.

Este Artículo, que también ha estado presente en otros TLCs (como es el caso de Chile y Centro América), ha sido señalado por varios críticos⁷⁰ como una grave violación a la soberanía del país firmante. Según el literal 1 (c), Perú deberá suprimir los Requisitos de Desempeño (Artículo 10.9) e implementar las medidas contenidas en el Artículo sobre Alta Dirección Empresarial y Directorios (Artículo 10.11), a las inversiones de cualquier país del mundo. De este modo, al firmar el TLC con Estados Unidos, se nos han impuesto condiciones adicionales, en relación con el tratamiento que le demos a las inversiones de otros países.

Esto ha limitado la soberanía del Estado, en cuanto a la posibilidad de exigir requisitos de desempeño a determinadas actividades, así como de limitar la participación de extranjeros en puestos de alta dirección.

De otro lado, también hay que notar que, el Capítulo se aplica a cualquier *medida* que adopte o mantenga una Parte. Según el primer Capítulo del Tratado (Disposiciones Iniciales y Definiciones Generales), una *medida* incluye “*cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica*”. De este modo, el Capítulo sobre inversiones cubre cualquier nuevo acto que ejecute el Estado (sea a nivel regional o nacional), que tenga algún efecto sobre las inversiones cubiertas⁷¹.

3. Principio de Trato Nacional y Nivel de Trato Mínimo

Según el Artículo correspondiente al principio de Trato Nacional, cada país firmante deberá conceder a los inversionistas de la otra parte y a las inversiones cubiertas, un trato no menos favorable que el brindado a sus propios inversionistas en lo referente a:

“...el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio” (Artículo 10.3: Trato Nacional, literal 1).

Como vemos, el principio de Trato Nacional contenido en el TLC abarca la etapa de establecimiento de la inversión. Esto es contrario a la Normativa Andina, según la cual, para que una inversión extranjera pueda registrarse como tal, debe cumplir con las condiciones establecidas en la Decisión 291 (que no considera la etapa de establecimiento).

Tal como menciona Capriles⁷², en la etapa de admisión y establecimiento de una inversión, aún no se ha producido la transferencia de ningún activo al territorio del país donde se va a invertir. Por ello, la aplicación del principio de Trato Nacional en la etapa de

⁷⁰ Como por ejemplo: Julián Alcayaga. “La Inconstitucionalidad del TLC con EEUU” y ⁷⁰ Henry Mora Jiménez. “101 Razones para Oponerse al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos”. Escuela de Economía, Universidad Nacional. Septiembre de 2004.

⁷¹ Incluye por ejemplo: los procedimientos para la adopción de una ley, los procesos administrativos para dar un permiso, la autorización de emplazamiento, el resultado de juicios en los tribunales nacionales, entre otros.

⁷² Gonzalo Capriles. *Impacto de las Negociaciones Hemisféricas: Implicancias en Inversiones*. Secretaría General de la CAN. Documento Informativo SG/di 717. Marzo de 2005

establecimiento de la inversión, es contraria a la Normativa Andina. Los países de la CAN, consideran que hay inversión cuando existe un aporte al capital social de una empresa. De igual modo, la normativa nacional considera que existe una inversión cuando existen activos comprometidos en actividades tendientes a producir rentas en el territorio.

Adicionalmente, en el Artículo 10.5 se incorpora un estándar absoluto (que se otorga independientemente del nivel que se provean a las inversiones nacionales), denominado Nivel Mínimo de Trato, que menciona lo siguiente:

*“Cada Parte **concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario**, incluido el trato justo y equitativo así como protección y seguridad plenas”* (Artículo 10.5: Nivel Mínimo de Trato, literal 1).

Además, se establece que, conforme al derecho internacional consuetudinario, el Nivel Mínimo de Trato es aquel que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. De este modo, según las obligaciones del Nivel Mínimo de Trato, se debe proveer:

*“(a) **trato justo y equitativo**” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y (b) **protección y seguridad plenas**” exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario”* (Artículo 10.5: Nivel mínimo de trato, literal 2)

Según se menciona en el texto (como nota a pie de página), el Artículo 10.5 será interpretado de conformidad con el Anexo 10-A. Este anexo menciona, en pocas palabras, que el “derecho internacional consuetudinario” (que se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que **protegen los derechos económicos e intereses de los extranjeros**) debe seguirse como una obligación legal. Pero, no queda claro qué nivel de trato mínimo, según el derecho internacional consuetudinario, debe ser aplicado por el gobierno.

En general, se han presentado algunos conflictos en otros TLC, en relación con la violación del principio de Trato Mínimo. Uno de los más conocidos, que se dio en el TLCAN, es el de la empresa Metalclad en contra del gobierno mexicano. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión, terminó estableciendo una sanción de US\$ 16.7 millones al gobierno de México por no autorizar a la empresa la instalación del confinamiento para desechos peligrosos en Guadalcázar⁷³, lo que podía representar serios daños contra el medio ambiente. Otros ejemplos son: 1) el caso de la empresa S.D. Myers,

⁷³ Par mayor detalle del caso ver: Caso No. ARB(AF)/97/1. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Metalclad Corporation (Demandante) y Estados Unidos Mexicanos (Demandado). Laudo ante el Tribunal Arbitral constituido con base en el Capítulo Once del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. 30 de agosto de 2000

que denunció una medida aplicada por Canadá, que prohibía de manera temporal la exportación de residuos de PCB; y 2) la empresa Pope and Talbot contra Canadá⁷⁴.

4. Nación Más Favorecida

En relación al principio de Trato de Nación Más Favorecida (NMF), el Artículo 10.4 establece que:

*“1. Cada país parte del acuerdo concederá **a los inversionistas** (o a las inversiones cubiertas, según dicta el literal 2) de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de un país que no sea Parte en lo referente al **establecimiento**, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.”*

En la Normativa Andina, el Trato NMF abarca a las inversiones, pero no se mencionan a los inversionistas, aunque en los Acuerdos sobre protección de inversiones de los países andinos si se menciona. Otro punto de divergencia, tiene que ver –al igual que con el principio de Trato Nacional- con el hecho de extender el Trato NMF a la etapa de establecimiento de la inversión.

5. Expropiaciones

Según el Artículo 10.7 sobre expropiación e indemnización,

*“Ninguna de las Partes puede expropiar ni nacionalizar una inversión cubierta, sea directa **o indirectamente** mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo que: (a) sea por motivos de propósito público; (b) de una manera no discriminatoria; (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización; y (d) con apego al principio del debido proceso y a los Artículos del 10.5.1 al 10.5.3.”*

A simple vista, este Artículo no representaría mayor problema. Sin embargo, hay que notar que el Artículo distingue entre expropiación directa (que se refiere a la nacionalización de una inversión o a la transferencia formal del título o del derecho de dominio) y la “expropiación indirecta” que puede tener serias repercusiones sobre el margen de maniobra del Estado.

Según el Anexo 10-B, la expropiación indirecta se da cuando una medida aplicada por el gobierno tiene un efecto equivalente al de una expropiación directa, sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio. Para determinar en que casos se da una expropiación indirecta, es necesario hacer una investigación factual, que considere:

⁷⁴ Para mayor detalle sobre los conflictos surgidos en el marco del principio de trato mínimo ver: Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (IIDS). *Derechos privados, problemas públicos: Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas*. 2001. Pág.32-34

“(i) el impacto económico del acto gubernamental, ... que por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido; (ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y (iii) el carácter de la acción gubernamental” (Anexo 10-B Expropiación, literal 3).

De este modo, se protege al inversionista frente a eventuales riesgos no comerciales, como medidas gubernamentales que pudieran afectar la propiedad sobre su inversión, la libre transferencia de los flujos relacionados con la inversión o la normal gestión y explotación de la misma, previendo obligaciones compensatorias. El Estado también deberá compensar en caso de contiendas civiles. Se menciona que salvo en *circunstancias excepcionales*, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte. De este modo, queda poco espacio para la libertad en la aplicación de políticas.

La expropiación indirecta, es uno de los temas más preocupantes sobre la relación entre la protección a la inversión y las políticas de desarrollo de cada país. Bajo este criterio, las medidas aplicadas por el Estado -de manera no discriminatoria- para proteger el medio ambiente, la salud u otros intereses sobre el bienestar público, quedan dentro del alcance de lo que significa una expropiación.

Esta medida puede limitar la capacidad tributaria del Estado, bajo el argumento de que un impuesto puede tener un carácter expropiatorio. Aunque, podría parecer que las medidas tributarias quedan fuera del Tratado, ya que el Capítulo 23 sobre excepciones señala, en su Artículo 23.3 (Tributación), que *“salvo lo dispuesto en este artículo, ninguna disposición de este Tratado se aplicará a medidas tributarias”*. Sin embargo, en el literal 6 del artículo 23.3, se menciona que: *“el Artículo 10.7 (Inversión -Expropiación y Compensación)..., se aplicará a una medida tributaria supuestamente de expropiación o de una violación de un convenio sobre inversión o una autorización de inversión...”*. Así, un inversionista podrá invocar el Artículo 10.7 con respecto a una medida tributaria, para que las autoridades competentes⁷⁵ determinen si la medida constituye o no una expropiación.

De este modo, este principio puede propiciar las disputas entre empresas estadounidenses y el Estado peruano, tal como a sucedido en el TLCAN, donde varias empresas han entablado juicios aduciendo que las políticas reguladoras restringen sus actividades.

6. Prohibición de establecer requisitos de desempeño

Este compromiso no es sólo aplicable a nivel bilateral, sino que se trata de un compromiso horizontal. Según el Artículo 10.9 del Tratado, Perú no podrá imponer ni hacer cumplir ningún compromiso en relación con *“el establecimiento, adquisición, expansión,*

⁷⁵ En Perú será el Ministerio de Economía y Finanzas; y en EEUU el Assistant Secretary of the Treasury (Tax Policy), del Department of the Treasury.

administración, conducción, operación, venta u otra disposición de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país que no sea Parte en su territorio”.

En general, la política sobre inversiones en Perú es liberal, por lo que la aplicación de requisitos de desempeño es mínima. Sin embargo, nuevas administraciones políticas del país podrían considerar cambiar esto, para tener más instrumentos desde otra estrategia de desarrollo. Con el TLC, esta posibilidad quedaría descartada.

También, es importante diferenciar aquellos requisitos que constituyen medidas restrictivas en el marco del TLC, de aquellas políticas públicas que buscan impulsar mejores condiciones de desarrollo. Así, la interpretación de lo que constituye un requisito de desempeño puede ser muy amplia, lo que podría limitar en gran medida la capacidad del Perú para proteger la salud humana y el medio ambiente.

En el caso de políticas para la protección del medio ambiente, el literal 3 (c) del Artículo 10.9 menciona que, se podrán emplear requisitos de desempeño siempre que: *“dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada y a condición que esas medidas no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales”*. Sin embargo, a pesar de esta aclaración, pueden existir problemas relacionados con las limitaciones para restringir importaciones o exportaciones indeseables.

7. Solución de controversias

Uno de los puntos sensibles en el TLC, es el sistema de solución de controversias inversionista-Estado, que le otorga a las transnacionales el derecho de exigir compensaciones monetarias por el impacto de las acciones gubernamentales.

Es claro que los acuerdos bilaterales y todas sus normas, pueden incrementar las disputas entre Estado e inversionistas extranjeros. Según un estudio de la UNCTAD (2005)⁷⁶, las controversias sobre la inversión internacional originadas en los acuerdos bilaterales sobre inversión, han ido en aumento desde el impulso de los TLCs. A la fecha del estudio, más de 50 Estados habían sido demandados ante un tribunal internacional, de los cuales 31 eran países en desarrollo. Las causas abarcan una amplia variedad de actividades económicas, distintos tipos de participación extranjera, y guardan relación con disposiciones fundamentales de los acuerdos sobre inversiones.

El mecanismo para la solución de controversias inversionista-Estado, contenido en el Capítulo de inversiones, dicta lo siguiente:

*“En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado **deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación.** (...) **En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia** relativa a una inversión mediante*

⁷⁶ UNCTAD. “Cuestiones relacionadas con los acuerdos internacionales: Controversias entre inversores y Estados y repercusiones en las políticas”. 2005

consultas y negociación: (a) el demandante, por cuenta propia, puede someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue; (b) el demandante, en representación de una empresa del demandado..., puede, ..., someter a arbitraje una reclamación en la que alegue...” (Sección B, Artículo 10.16)

Así, se privilegia la solución negociada. Luego, en caso de no llegar a un acuerdo, se somete a arbitraje internacional, lo cual sustituye las legislaciones nacionales y por ende las cortes jurídicas de los países huéspedes de la inversión. El hecho de insistir en una solución negociada, implica una mayor duración del proceso, lo que genera más costos. Además, hay que notar que países como Perú se encuentran en desventaja frente a una negociación con las empresas de EEUU, ya que estas poseen mayores recursos y pueden ejercer mayor presión política.

De este modo, la solución de controversias inversionista – Estado, es perjudicial para los países en desarrollo. En el TLC –a diferencia del ALCA–, no se han planteado dispositivos para compensar las desigualdades entre los países, durante el proceso y principalmente a la hora de establecer la compensación.

El arbitraje internacional, constituye un derecho especial otorgado a las corporaciones extranjeras, que deja sin efecto los controles o regulación pública. En el TLC se plantea que las demandas sean llevadas en tribunales extranjeros, lo cual suplantaría el sistema judicial nacional o, mejor dicho, a las cortes jurídicas del Perú. Además, las disposiciones finales no podrán ser apeladas. La prohibición de someter la controversia a tribunales nacionales es contraria a las disposiciones constitucionales de los Países Miembros de la CAN.

Un convenio de estabilidad jurídica, puede constituir uno de los múltiples instrumentos suscritos que conforman un acuerdo de inversión. En ese caso, una violación del referido convenio de estabilidad jurídica por el Gobierno del Perú, puede constituir una violación del acuerdo de inversión del que forma parte.

8. Medio Ambiente

Una de las principales preocupaciones del Tratado, tiene que ver con el cuidado del medio ambiente, ya que muchas de las medidas contenidas limitan la adopción de controles o regulaciones ambientales por parte del Estado (tales como tributos, pago de regalías por uso de recursos naturales, etc).

Al respecto, en el Artículo 10.11 (Inversión y el Medio Ambiente) del Tratado, se menciona lo siguiente:

*“Nada en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida por lo demás **compatible con este Capítulo**, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental”.*

De este modo, aparentemente el Estado mantiene la facultad de adoptar medidas para asegurar que las inversiones se manejen conforme a las sensibilidades ambientales, siempre que se haga de forma consistente con el Capítulo. Así, no queda claro en que medida se podrán aplicar nuevos tributos o regalías sin violar el Capítulo, dado el principio de expropiación indirecta.

Además, según el Artículo 10.2 (Relación con otros Capítulos), en caso de que ocurra una incompatibilidad entre el Capítulo de inversiones y otro Capítulo, el otro Capítulo prevalecerá en la medida de la incompatibilidad. De este modo, el Capítulo 22 (excepciones), que menciona que una medida tributaria puede tener el carácter de una expropiación indirecta, prevalecerá sobre el Artículo 10.11 (Inversión y el Medio Ambiente) del Capítulo de inversiones. En suma, el Artículo 10.11 no asegura efectivamente que una inversión sea compatible con el cuidado del medio ambiente.

En general, el texto del Tratado parece privilegiar los intereses de los inversionistas sobre el medio ambiente y el desarrollo sostenible. Un ejemplo de esto, lo constituye el hecho de que el Artículo 22.1 (Excepciones Generales), que incorpora las medidas del Artículo XIV del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS, 1994), no es aplicable al Capítulo sobre inversiones⁷⁷. Cabe mencionar que, el Artículo XIV del AGCS incluye medidas ambientales necesarias para proteger la vida y la salud humana, animal o vegetal, y medidas para la conservación de los recursos naturales.

9. Medidas disconformes

El Capítulo ha sido negociado bajo el principio denominado “lista negativa”, es decir, las obligaciones se aplican horizontalmente en todos los sectores de la economía, salvo en aquellos donde haga alguna reserva, o donde no se asuma compromiso alguno. Las medidas disconformes en materia de inversiones y servicios impuestas por cada país, se encuentran en los anexos I y II del Tratado, tal como se señala en el Artículo 10.13 del Capítulo de inversiones:

Los Artículos 10.3, 10.4, 10.9 y 10.10 no se aplicarán a cualquier medida disconforme existente mantenida por una Parte en: (i) el nivel central de gobierno, según lo estipulado por esa Parte en su Lista del Anexo I; (ii) el nivel regional de gobierno, según lo estipulado por esa Parte en su Lista en el Anexo I, o (iii) un nivel de gobierno local (Artículo 10.13, Literal 1).

Los Artículos 10.3, 10.4, 10.9, y 10.10 no se aplicarán a cualquier medida que una Parte adopte o mantenga, en relación con los sectores, subsectores o actividades, tal como se indica en su Lista del Anexo II (Artículo 10.13, Literal 2).

⁷⁷ Sólo son aplicables para los Capítulos Undécimo (Servicios Transfronterizos), Décimo Cuarto (Telecomunicaciones) y Décimo Quinto (Comercio electrónico).

Sin embargo, se trata de excepciones puntuales y limitadas que no han surgido de una consulta pública y abierta a los parlamentos, a los gobiernos locales y a la ciudadanía en general. Además, todas las medidas disconformes se refieren al nivel del Gobierno central, lo que significa que los niveles municipales no gozan de ninguna de estas excepciones. Tampoco se incluye ninguna medida disconforme respecto al Artículo sobre expropiaciones, que puede tener serias implicancias.

Entre las medidas disconformes, se tiene que el Decreto Legislativo N° 689 (Ley para la Contratación de Trabajadores Extranjeros), que establece un límite en el número de trabajadores extranjeros que una empresa puede contratar, no es consistente con el Artículo 10.10 del capítulo de inversiones (Anexo I: Medidas Disconformes Sobre Inversión y Comercio Transfronterizo de Servicios, literal 7). De este modo, en marco del TLC, se suprimen los requisitos de participación mínima de nacionales contenidos en la Ley 689.

Así, la Ley queda a reducida a *“Los empleadores darán preferencia a la contratación de trabajadores nacionales. Los extranjeros proveedores de servicios pueden prestar servicios en el Perú a través de un contrato de trabajo, por un período máximo de 3 años prorrogables, sucesivamente, por períodos iguales, debiendo constar además el compromiso de capacitar al personal nacional en la misma ocupación”*.

En el Anexo I sobre medidas disconformes de Perú⁷⁸ al Capítulo de inversiones, se tienen los siguientes sectores: servicios de radiodifusión; servicios audiovisuales; servicios jurídicos; servicios de arquitectura; servicios de seguridad; servicios de transporte aéreo y marina mercante. Además, para todos los sectores se mantiene el Decreto Legislativo N° 757. Perú se reserva el derecho de mantener medidas restrictivas existentes o adoptar unas nuevas, en los sectores que se muestran en el Anexo N°2.

De otro lado, en el caso de EEUU, se han guardado reservas a nivel de gobierno central en los siguientes sectores: energía atómica, servicios suministrados a las empresas (Export Trading Company Act of 1982), minería, transporte aéreo, servicios de transporte (agentes aduanales), comunicaciones (radiocomunicaciones) y servicios profesionales (abogados y agentes de patentes). En cuanto a la inversión, se especifica que los seguros y garantías de préstamo de la “Overseas Private Investment Corporation” no están disponibles para personas y empresas extranjeras, o empresas constituidas en EEUU controladas por extranjeros. Además, las empresas extranjeras no podrán utilizar la forma de registro de pequeña empresa.

Finalmente, para todos los sectores y a nivel regional de gobierno, EEUU prevé que Todas las medidas existentes disconformes de todos sus estados, del Distrito de Columbia, y de Puerto Rico, no se verán afectadas por el Trato Nacional, Trato de Nación Más Favorecida, Presencia Local, Requisitos de Desempeño, Altos Ejecutivos y Juntas Directivas.

Lo anterior implica que, todos los estados de EEUU mantienen sus leyes y otras medidas disconformes, a fin de obviar las obligaciones afectadas. Bajo este esquema, el acceso de

⁷⁸ Ver Anexo N° 1

las pymes peruanas a las Compras Públicas de estos estados será sumamente difícil, más aún cuando se le suma los problemas en la obtención de visas.

10. Conclusiones

Después de analizar algunas de las medidas sobre inversión contenidas en el TLC, se concluye que este acuerdo, en vez de fomentar mejores prácticas de inversión, reduce la capacidad del Perú para regular la inversión extranjera en detrimento de un desarrollo sostenible. Así, el Estado peruano queda severamente limitado en su capacidad de exigir un comportamiento responsable a los inversionistas extranjeros.

Las disposiciones sobre Trato Nacional, trato de Nación más Favorecida, Nivel Mínimo de Trato, prohibición de requisitos de desempeño y las prohibiciones de expropiación, contenidas en el capítulo sobre inversiones del TLC Perú –EEUU, son similares a las que han ocasionado una serie de disputas dentro del TLCAN. Un punto importante tiene que ver con el hecho de que, las distintas medidas son aplicables a la etapa de establecimiento de la inversión. Esto implica que bastará que una empresa extranjera indique intenciones de invertir, para que se le otorguen una serie de garantías y privilegios, incluyendo el derecho a indemnizaciones.

Hasta la fecha, se han identificado más de 24 casos al amparo del Capítulo de inversiones del TLCAN. México es el segundo país en número de demandas conocidas (14) y la mayoría de ellas tienen que ver con el TLCAN, mientras que en EEUU el total de demandas (10) tienen que ver con el TLCAN⁷⁹. Por ejemplo, en relación al tema ambiental, los casos más conocidos son las demandas de las empresas Ethyl y S.D. Myers contra Canadá. En ambos casos las empresas ganaron, y el Estado canadiense tuvo que compensarlas con fuertes sumas de dinero. También, han habido casos contra medidas relacionadas al manejo de desechos peligrosos, la conservación de agua potable limpia y aditivos de la gasolina prohibidos⁸⁰

En suma, el Capítulo sobre inversiones del TLC -en la medida que cubre a prácticamente todos los sectores de la economía-, podría generar en el futuro una serie de disputas entre el Estado peruano y las empresas estadounidenses. Además, privilegia los intereses de las grandes empresas transnacionales, dejando de lado la protección del medio ambiente. Esto puede tener importantes efectos negativos en la conducción de la actividad minera, en la medida que se privilegia a las empresas, desatendiendo los daños ambientales que estas generan.

⁷⁹ UNCTAD. “Cuestiones relacionadas con los acuerdos internacionales: Controversias entre inversores y Estados y repercusiones en las políticas”. 2005.

⁸⁰ Rodrigo Pizarro. *Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos Un Análisis del Capítulo de Inversiones: Las restricciones a la Política Pública*. Documento preparado para la Comisión Especial de evaluación del TLC entre Chile y Estados Unidos del Senado. Octubre 2003.

ANEXO N° 1

ANEXO I : Medidas disconformes de Perú al Capítulo 10*

Sector	Medida	TN	RD	NMF	AED
Todos	En 50 Km de fronteras, los extranjeros no pueden poseer minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía (salvo por necesidad pública). /1.	X			
Servicios de radiodifusión	Sólo peruanos o domiciliados en Perú pueden ser titulares de licencias de servicios de radiodifusión. La participación de extranjeros no puede exceder el 40% del total de acciones de capital social. /2	X			
Servicios Audiovisuales	Establecer una producción nacional mínima de 30% de su programación./3.	X	X		
	Las empresas de radiodifusión deberán destinar mínimo 10% de su programación diaria a la difusión del folclor, música nacional y programas producidos en Perú relacionados con la historia, literatura, cultura o realidad nacional peruana./4		X		
Servicios de radiodifusión	La persona jurídica que tiene como accionista, socio o asociado a un extranjero, no podrá ser titular de autorizaciones para prestar el servicio de radiodifusión dentro de las localidades fronterizas al país de origen de dicho extranjero./5.	X		X	
Servicios jurídicos	Sólo las personas de nacionalidad peruana por nacimiento pueden ser notarios./6.	X			
Servicios de arquitectura	Para ejercer hay que colegiarse y pagar un derecho de colegiación. Para el registro temporal, los extranjeros no residentes deben asociarse con un peruano./7	X			
Servicios de seguridad	Los vigilantes y altos ejecutivos de empresas de servicios de seguridad deberán ser peruanos./8.				X
Transporte aéreo	La Aviación Comercial Nacional está reservada a peruanos. Por lo menos el 51% del capital social de la empresa debe ser de propiedad peruana /9.	X			X
Marina mercante	La Dirección General de Transporte Acuático otorga la licencia administrativa. Por lo menos el 51% del capital social debe ser de propiedad de peruanos. El Presidente del Directorio, la mayoría de Directores y el Gerente General deben ser peruanos. Para obtener la licencia de Práctico se requiere ser peruano. /10.	X			X
<p>* Todas las medidas son a nivel de gobierno central. TN = Trato Nacional; RD = Requisitos de desempeño; NMF = Nación más favorecida; AED = Altos ejecutivos y directores</p>					
<p>/1. D.L. N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Artículo 13 /2. Ley N° 28278: Ley de Radio y Televisión, Artículo 24 /3. Ley N° 28278: Ley de Radio y Televisión /4. Ley No. 281311: Ley del Artista, Intérprete y Ejecutante, artículos 25 y 45. /5. D.S. N° 005-2005-MTC: Reglamento de la Ley de Radio y Televisión /6. Decreto Ley N° 26002: Ley del Notariado. Artículos 5 /7. Ley N° 14085: Ley de Creación del Colegio de Arquitectos del Perú; Ley N° 16053: Ley del Ejercicio Profesional, Autoriza a los Colegios de Arquitectos e Ingenieros del Perú para supervisar a los profesionales de Ingeniería y Arquitectura de la República, Artículo 1; y Acuerdo del Consejo de Arquitectos. /8 D.S.N° 005-94-IN: Reglamento de Servicios de Seguridad Privada, artículos 81 y 83. /9. Ley N° 28278: Ley de Radio y Televisión, Artículo 24 /10. Ley N° 28583: Ley de Reactivación y Promoción de la Marina Mercante Nacional, Diario Oficial “EL Peruano”. Artículos 4.1, 6.1, 7.1, 7.2. 7.4, 13.6</p>					

Fuente: Elaboración propia. Texto del Tratado de Libre Comercio. Anexo I

ANEXO N° 2

ANEXO II : Medidas disconformes de Perú al Capítulo 10*

Sector	Medida	TN	RD	NMF	AED
Todos	Mantener cualquier medida que otorgue trato diferente a países de conformidad con cualquier tratado internacional.			X	
Asuntos sobre minorías	Adoptar o mantener cualquier medida que otorgue derechos o preferencias a minorías social y económicamente en desventaja (incluye comunidades campesinas) y a sus grupos étnicos (comunidades indígenas y nativas).	X	X	X	X
Pesca	Adoptar o mantener cualquier medida relacionada con la pesca artesanal.	X	X	X	
Industrias Culturales	Reservar el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue trato preferencial a otros países conforme a cualquier tratado que contengan compromisos específicos sobre cooperación o coproducción cultural con respecto a las industrias culturales.			X	
	Programas gubernamentales de apoyo para la promoción de actividades culturales.	X		X	
Artesanía	Adoptar o mantener cualquier medida con respecto al diseño, distribución, venta al por menor o exhibición de artesanías peruanas. Los requisitos de desempeño deberán ser consistentes con el TRIMS de la OMC.		X		
Industria Audiovisual	Adoptar o mantener cualquier medida que establezca un porcentaje específico (hasta el 20%) del total de las obras cinematográficas exhibidas anualmente en cines o salas de exhibición para obras peruanas. Esta reserva no aplica a publicidad.		X		
Varios	Derecho de adoptar o mantener cualquier medida condicionando la recepción o continuidad de la recepción de apoyo del gobierno para el desarrollo y producción de diseño de joyería, artes escénicas, artes visuales, música e industria editorial, al logro de un determinado nivel o porcentaje de contenido creativo doméstico. Esta reserva no aplica a publicidad.		X		
Varios	Se puede adoptar o mantener cualquier medida que otorgue a una persona de otra Parte el mismo trato otorgado a una persona peruana en el sector audiovisual, editorial y música por esa otra Parte.	X		X	
Servicios Sociales	Derecho de adoptar o mantener cualquier medida con respecto a la ejecución de leyes y al suministro de servicios de readaptación social; así como en los siguientes servicios: seguro y seguridad de ingreso, servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud y atención infantil.	X	X	X	X

* TN = Trato Nacional; RD = Requisitos de desempeño; NMF = Nación más favorecida; AED = Altos ejecutivos y directores

Fuente: Elaboración propia. Texto del Tratado de Libre Comercio. Anexo II

IV. COMERCIO TRANSFRONTERIZO DE SERVICIOS

Según el Artículo 11.14 sobre definiciones, el comercio transfronterizo de servicios en el marco del TLC, se refiere al suministro de un servicio:

*(a) del territorio de una Parte al territorio de otra Parte; (b) en el territorio de una Parte, por una persona de esa Parte, a una persona de otra Parte; o (c) por un nacional de una Parte en el territorio de otra Parte; pero **no incluye el suministro de un servicio en el territorio de una Parte por una inversión cubierta.***

De este modo, se excluye expresamente del Capítulo el suministro de servicios a través del Modo 3 (Presencia Comercial)⁸¹, lo que es cubierto dentro del Capítulo de inversiones. Esto, supone una mutilación a la clasificación contenida en el AGCS de la OMC, donde la definición de servicios cubre los cuatro Modos de suministro. Hay que tener en cuenta que el Capítulo sobre inversiones, a diferencia del Capítulo sobre servicios, incluye principios como el de expropiación indirecta, principio mínimo de trato, etc. De este modo, el hecho de que algunos servicios suministrados mediante el Modo 3 sean tratados dentro del Capítulo inversiones, limita aún más los márgenes de maniobra del Estado en estos sectores.

Además, la prestación de servicios bajo Modo 3, al quedar cubierta dentro del Capítulo de inversión, implica que cualquier diferencia quedaría solucionada por el régimen de diferencias inversionista – Estado. Esto puede limitar el rol regulador del Estado, en algunos servicios de interés nacional.

Este Capítulo es de naturaleza multilateral, es decir que los compromisos que se asumen serán exigibles tanto para Colombia como para Ecuador. Sin embargo, se ha contemplado en los anexos una reserva para salvaguardar los acuerdos previos que haya celebrado el Perú sobre esta materia, incluidos los compromisos en el marco de la CAN.

El Capítulo amplía significativamente el ámbito de aplicación de los servicios, se aplica a las medidas que adopte una Parte que afecten el comercio transfronterizo de servicios por un proveedor de servicios de una Parte. Según el Artículo 11.1, el término medida se refiere a cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica. En este caso, tales medidas se refieren a aquellas aplicadas en todos los sectores de servicios, ya que se ha adoptado en enfoque de lista negativa. Entonces, este Capítulo cubre todo el proceso de suministro de un servicio: la producción, la distribución y el comercio de servicios, así como todos los modos de suministro de este comercio de servicios.

La aplicación de este Capítulo es sobre todos los sectores de servicios y a todo nivel de gobierno, con excepción de: 1) los servicios aéreos y los servicios relacionados con éstos; 2) los subsidios a proveedores de servicios, 3) servicios suministrados en ejercicio de

⁸¹ La Presencia Comercial tiene relación con la inversión extranjera directa (IED), pues sucede cuando una empresa de un país ubica una filial o subsidiaria en otro para prestar sus servicios en él

facultades gubernamentales, y 4) los servicios que se negocian en otros Capítulos (Contratación Pública y Servicios Financieros).

Se enfatiza el hecho de que, el Capítulo no otorga ningún trato especial a las personas que deseen ingresar al mercado laboral de la otra parte. También, se especifica que ninguna disposición del Capítulo exige obligación alguna respecto a medidas migratorias (incluyendo mecanismos de admisión temporal), lo cual resulta contradictorio con la meta planteada en este acuerdo de impulsar el desarrollo de los servicios profesionales. Además, no se ha reivindicado ningún derecho para los inmigrantes, ni siquiera cuando estos tengan un trabajo permanente.

ARTICULO 11.1: AMBITO DE APLICACION

1. Este Capítulo se aplica a las medidas (...) que afecten el comercio transfronterizo de servicios suministrados por proveedores de servicios de otra Parte (...).
3. Los Artículos 11.4, 11.7 y 11.8 deberán aplicarse a las medidas de una Parte que afectan el suministro de un servicio en su territorio por una inversión cubierta.
4. Este Capítulo no se aplica a: (a) servicios financieros (...); (b) “contratación pública” o “contratación” (...); (c) servicios aéreos, incluidos los servicios de transporte aéreo nacionales e internacionales, regulares y no regulares, así como los servicios relacionados de apoyo a los servicios aéreos (...); y (d) subsidios o donaciones otorgados por una Parte, incluyendo los préstamos, garantías y seguros que cuenten con apoyo gubernamental.
5. Este Capítulo **no impone ninguna obligación** a una Parte respecto a un nacional de otra Parte **que pretenda ingresar a su mercado laboral**, o que tenga empleo permanente en su territorio (...).
6. Este Capítulo no aplica a los servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales (...). que significa **cualesquier servicio no provisto sobre una base comercial**, ni en competencia con uno o más proveedores de servicio.
7. Nada en este Capítulo (...) se interpretará en el sentido de exigir cualquier obligación a una Parte con respecto a sus **medidas migratorias** (...).

Además, del mismo modo como sucede en el AGCS, la definición de “servicios suministrado en el ejercicio de facultades gubernamentales”, implica a todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia. Esto quiere decir que los servicios gubernamentales ofrecidos de manera comercial quedarían sujetos a las disposiciones del TLC.

La liberalización de los servicios bajo el TLC, se da en el marco de los principios de Trato Nacional (Artículo 11.2) y Trato de Nación Más Favorecida (Artículo 11.3). En el caso del Trato Nacional, se menciona que este será otorgado a un nivel regional de gobierno.

En cuanto al acceso al mercado (Artículo 11.4), se suprimen todas las restricciones numéricas (como limitaciones al número de proveedores, el valor total de transacciones, al número total de personas empleadas en un determinado sector de servicios, etc.) y se acuerda no exigir tipos específicos de persona jurídica a los proveedores de servicios. De este modo, el Capítulo flexibiliza aún más la Ley sobre Contratación de Extranjeros. Además, estas limitaciones podrían tener efectos negativos sobre determinados sectores donde existen exigencias especiales, como es el caso de las agencias de viaje extranjeras, las cuales para operar en Perú deben estar asociadas con agencias nacionales⁸².

También, para promover y facilitar la exportación de servicios de manera transfronteriza, se ha negado la posibilidad de exigir la presencia local a las inversiones en servicios. Así, según el Artículo 11.5:

“ningún país podrá exigir al proveedor del servicio de otra Parte a establecer o tener oficinas de representación o cualquier otra forma de empresa, o a ser residente, en su territorio como condición para el suministro transfronterizo de un servicio”.

De este modo, se impide que el Estado requiera a los proveedores extranjeros de servicios que cuenten con una representación en el país, a fin de poder exigirles responsabilidad por sus actos (salvo las excepciones contempladas en el Anexo).

De otro lado, en el Artículo 11.12, se han dispuesto Compromisos Específicos para los servicios de envío urgente. Cada país se compromete a asegurar que cuando el monopolio postal de una Parte compita fuera del alcance de sus derechos monopolísticos, tal proveedor no abusará de su posición monopolística para actuar en su territorio de forma inconsistente con los principios de Trato Nacional y Trato de Nación Más Favorecida, establecidos en los Capítulos de inversiones y de servicios; así como con los principios de Acceso al Mercado del Capítulo de servicios. De este modo, las empresas courier estadounidenses (que tienen la mayor parte del mercado) consolidarían un mayor acceso al mercado peruano al restringir el rol subsidiario de SERPOST, con lo cual reciben todas las facilidades para la expansión y control del mercado en este rubro

1. Servicios Profesionales

Un tema importante para el desarrollo de una oferta exportable de servicios, es que con el TLC se logren reducir las restricciones a la entrada de profesionales peruanos a los EEUU. Así, en el Anexo 11.9 -que se aplica a medidas relacionadas con la concesión de licencias a los proveedores de servicios profesionales-, se plantean una serie de temas relacionados con la promoción del comercio de servicios profesionales (ver siguiente cuadro).

⁸² El D.S. N° 026-2004-MINCETUR estableció requisitos adicionales a los del reglamento anterior, para que las agencias de viaje extranjeras puedan operar en el Perú.

ANEXO 11.9

Desarrollo de Estándares de Servicios Profesionales

1. Cada Parte **alentará** a los organismos pertinentes en su respectivo territorio a elaborar normas y criterios, mutuamente aceptables, para el otorgamiento de licencias y certificados a proveedores de servicios profesionales, así como a presentar a la Comisión recomendaciones sobre su reconocimiento mutuo.

3. Al recibir una recomendación (...), la Comisión la revisará (...) para decidir si es consistente con las disposiciones de este Tratado. Con fundamento en la revisión que lleve a cabo la Comisión, cada Parte **alentará** a sus respectivas autoridades competentes, a poner en práctica esa **recomendación**, (...), dentro de un plazo mutuamente acordado.

Licencias Temporales

4. Para cada uno de los servicios profesionales acordados mutuamente, cada Parte **alentará** a los organismos competentes (...) a elaborar procedimientos para el otorgamiento de licencias temporales a los proveedores de servicios profesionales de las otras Partes.

Grupo de Trabajo sobre Servicios Profesionales

5. Las partes deberán conformar un Grupo de Trabajo sobre Servicios Profesionales (...), para facilitar las actividades listadas en los párrafos 1 y 4.

6. (...), el Grupo de Trabajo deberá considerar, (...), los acuerdos bilaterales, plurilaterales y multilaterales relevantes, relacionados con servicios profesionales.

7. El Grupo de Trabajo deberá considerar, los siguientes asuntos: a) procedimientos para **incentivar** el desarrollo de acuerdos de reconocimiento mutuo entre sus organismos profesionales competentes; b) la **factibilidad de desarrollar** procedimientos viables sobre estándares para el licenciamiento y certificación; (...).

8. (...), cada parte deberá consultar con los organismos competentes en su territorio para lograr la identificación de servicios profesionales a los cuales el Grupo de Trabajo debe dar consideración dando prioridad a los servicios de ingeniería, arquitectura y contabilidad.

Otorgamiento de licencias temporales para ingenieros

12. En su primera reunión, el Grupo de Trabajo deberá considerar el establecer un programa de trabajo conjuntamente con sus organismos profesionales competentes para elaborar los procedimientos relativos al otorgamiento de licencias temporales para nacionales de otra Parte **que tengan licencia para ejercer como ingenieros en el territorio de la otra Parte.**

Así, se señala el compromiso de las Partes por establecer un Grupo de Trabajo que revise, entre otros, temas como el reconocimiento mutuo y el otorgamiento de licencias y certificados a proveedores de servicios profesionales. Este Grupo, no excluye ninguna profesión, sin embargo prioriza ciertas profesiones definidas por las Partes. En el caso del Perú se han priorizado los servicios de contabilidad, arquitectura e ingeniería. Para estas profesiones acordadas mutuamente, cada Parte alentará el otorgamiento de licencias temporales a los proveedores de servicios profesionales de la otra Parte.

Sin embargo, en realidad no se ha hecho ninguna concesión que promueva de forma efectiva el comercio de servicios profesionales desde Perú a EEUU. En relación a la estandarización del procedimiento para otorgar licencias a los proveedores de servicios profesionales de ambos países, así como al otorgamiento de licencias temporales, sólo se plantea que cada país “alentará” la elaboración de normas mutuamente aceptables. De este modo, no existe ningún compromiso real para otorgar licencias temporales de trabajo a aquellos peruanos que deseen brindar sus servicios profesionales en EEUU.

Además, como hemos visto, el texto del Capítulo explicita que nada de su contenido se deberá interpretar en el sentido de exigir cualquier obligación a una Parte con respecto a sus medidas migratorias (incluyendo entrada temporal). A diferencia del acuerdo que EEUU firmó con Chile, donde si se consideraba un cierto número de visas de trabajo. Asimismo, podrían estarse omitiendo muchos otros temas que limitan una exportación real de estos servicios.

El reconocimiento de títulos profesionales, es un factor clave para el comercio de servicios profesionales entre países. En el TLC, como vemos en el siguiente cuadro, no se ha planteado nada concreto en relación a esto. Se ha restringido la aplicación del principio de Nación Más Favorecida sobre este principio, lo que limita un tratamiento igualitario entre Perú y otros países por parte de EEUU.

Artículo 11.9: Reconocimiento

1. **Para los efectos del cumplimiento (...) de sus normas o criterios para la autorización, concesión de licencias, o certificación de los proveedores de servicios (...), una Parte podrá reconocer la educación o experiencia obtenida, los requisitos cumplidos, o las licencias o certificaciones otorgadas en un determinado país.**

2. Cuando una Parte reconozca (...), la educación o experiencia obtenida, los requisitos cumplidos o las licencias o certificaciones otorgadas en el territorio de un país que no sea Parte, **ninguna disposición en el Artículo 11.3 (Nación Más Favorecida) se interpretará en el sentido de exigir que la Parte otorgue tal reconocimiento (...) en el territorio de otra Parte.**

4. **Una parte no otorgará reconocimiento de manera tal que constituya un medio de discriminación entre los países** en la aplicación de sus normas o criterios para la autorización, concesión de licencias, o certificación de proveedores de servicios, o una restricción encubierta al comercio de servicios.

2. Capítulo sobre Servicios Financieros

El Capítulo esencialmente consolida gran parte del nivel vigente de apertura en ámbitos de servicios bancarios, de seguros y valores. Se excluyen del Capítulo los planes públicos pensionarios, y actividades o servicios conducidos por cuenta o con la garantía o uso de recursos financieros públicos.

El Capítulo de servicios financieros incluye obligaciones basadas en la no-discriminación, Nación más Favorecida, y de las obligaciones adicionales del acceso del mercado. También incluye disposiciones complementarias en la transparencia de regímenes reguladores domésticos.

En relación a las limitaciones de acceso a mercados, se prohíben todas las limitaciones numéricas de establecimientos, montos de operaciones, así como en la imposición de pruebas de necesidad, limitaciones a las formas jurídicas que las entidades financieras pueden adoptar, principalmente. La legislación peruana no contempla estas restricciones, salvo en el caso de limitación de formas jurídicas que se explican en la parte de anexos.

De otro lado, las excepciones se permiten siempre que se trate de medidas dadas por razones prudenciales, y medidas no-discriminatorias de aplicación general tomadas por cualquier entidad pública en ejecución de políticas monetarias, crediticias o cambiarias.

Tal como mencionó la USTR, los proveedores de servicios financieros de EEUU tendrán libertad total para establecer subsidiarias, empresa a riesgo compartido o las ramas de bancos y compañías de seguros. Los managers podrán proporcionar servicios de gerencia a los fondos mutuos y a los fondos de jubilación en Perú, incluyendo a los fondos que manejan las cuentas privatizadas de la Seguridad Social de Perú.

3. Capítulo sobre Telecomunicaciones

El principio de abstención, que el Capítulo contempla, es compartido por la política del sector de telecomunicaciones en el Perú. Según el principio, si las fuerzas del mercado funcionan bien, el regulador debiera abstenerse de intervenir en el mercado. Sin embargo, no queda claro quien define cuando se produce esta situación.

Una de las novedades del Capítulo, es la introducción del concepto de servicios de información en la legislación peruana (como los servicios de Internet que sin ser servicio público de telecomunicaciones bajo el Tratado, pueden proveerse usando las redes de telecomunicaciones). El Tratado establece que estos servicios, deberían generarse en ambientes muy competitivos y que el regulador sólo debería intervenir en situaciones extremas de prácticas anticompetitivas o de perjuicio de los intereses de los usuarios.

Se impone una obligación dirigida a evitar prácticas anticompetitivas (subsídios cruzados anticompetitivos y el uso de información obtenida de los competidores) de parte del operador dominante de telefonía móvil. Esta disciplina denominada Salvaguardas Anticompetitivas es aplicada actualmente por el OSIPTEL de manera ex-post, cuando existen denuncias de parte o indicios de prácticas anticompetitivas (el dominante es telefónica, puede ser positivo).

El Anexo 2 establece que se podría exonerar de todas las obligaciones introducidas por el Capítulo a los operadores que sirvan áreas rurales. Este anexo además establece que el resto de operadores, podrían ser exonerados de la reventa y de la co-ubicación en las zonas

rurales donde ofrecen sus servicios, por un periodo de diez años desde la fecha de vigencia del Tratado.

4. Conclusiones

Un tema crucial en el Capítulo sobre comercio de servicios, tiene que ver con las implicancias de tratar el suministro de servicios a través del Modo 3 dentro del Capítulo de inversiones, y no en el propio Capítulo sobre Comercio de Servicios. Esto puede tener importantes efectos negativos sobre el suministro de algunos servicios de interés nacional, teniendo en cuenta que el Capítulo sobre inversiones otorga importantes privilegios a los inversionistas extranjeros frente al Estado.

En este Capítulo se amplía significativamente el ámbito de aplicación de los servicios. Salvo por los servicios brindados a través del Modo 3, el Capítulo cubre todo el proceso de suministro de un servicio y en el resto de Modos. Incluso, se podrían incluir algunos servicios suministrado por el Estado, ya que estos se refieren sólo a los servicios que no se suministren en condiciones comerciales ni en competencia.

De otro lado, la supresión de todas las restricciones numéricas, supone flexibilizar aún más el régimen Contratación de Extranjeros, y puede tener impactos negativos sobre el desarrollo de la industria nacional (como es el caso de las agencias de viaje). Además, el hecho de restringir la posibilidad de exigir presencia local para el suministro de algunos servicios, puede impedir que estos se desarrollen en condiciones favorables.

Finalmente, uno de las mayores promesas del TLC, en el marco del Capítulo sobre comercio de servicios, ha sido impulsar las exportaciones de servicios profesionales. Sin embargo, la realidad es que los temas cruciales para incentivar dichas exportaciones han sido tocados de manera superficial, sin existir ningún compromiso real en temas como: reconocimiento de títulos, entrega de licencias temporales de trabajo, o el desarrollo de estándares comunes para el otorgamiento de licencias a los proveedores de servicios profesionales. En general, los problemas existentes para que los peruanos puedan brindar sus servicios profesionales en EEUU (como obtención de visas, reconocimiento de títulos, etc) seguirán estando por encima de las vagas promesas del TLC, incluso en aquellos servicios priorizados.

De este modo, tal como menciona acertadamente un reporte del USTR, Perú ha hecho mayores compromisos que los realizados en la OMC y a desmontado significativas barreras a los servicios y a la inversión (como la contratación de trabajadores extranjeros). Estos mayores compromisos permitirán que las firmas de EEUU tomen la ventaja completa de los beneficios del acuerdo a través de todos los sectores, incluyendo: servicios de energía, turismo, medio ambiente, etc.

V. COMPRAS PÚBLICAS

Este Capítulo es muy importante y no ha recibido mayor atención. Según el MINCETUR el mercado de contrataciones públicas de EEUU comprometido constituye más de US\$ 98 mil millones a nivel federal. Entre los productos identificados con potencialidad se señalan: muebles de madera para oficina; alimentos (conservas de pescado, frutas y vegetales); confecciones; servicios de consultoría en programas informáticos y procedimientos de datos.

Este Capítulo, se aplica de forma bilateral, y en el caso peruano involucra compras que bordean los 5,000 millones de dólares. El Perú aceptó eliminar su política de incentivos a la industria nacional y pymes, en la medida que los 20 puntos de premio en las licitaciones, no existen más. Se acepta así el Trato Nacional y la no discriminación, constituyendo claramente un acuerdo OMC-plus, ya que sólo hay en el ámbito multilateral un acuerdo plurilateral del cual el Perú no forma parte. Pero, con el TLC se están ofreciendo condiciones especiales a los EEUU que tendrá que extender seguramente a otros países, especialmente a los siguientes socios comerciales con los que se negocie

Se han contemplado umbrales y algunas excepciones que mostramos discutiendo aspectos centrales del contenido del Capítulo.

En relación a la valoración, para determinar si una contratación pública está cubierta por este Capítulo, cada país deberá estimar el valor de la contratación, tomando en cuenta lo siguiente:

8 (c) *“cuando la contratación haya de realizarse en múltiples partes, y traiga como resultado la adjudicación de contratos, al mismo tiempo o en un período dado, a uno o más proveedores, deberá basar el cálculo en el valor máximo de la contratación pública durante todo el período de su vigencia”.*

9. *“Cuando se desconoce el valor total máximo de una contratación a lo largo de su período completo, esa contratación estará cubierta por este Capítulo”*
(Artículo 9.1: Alcance y Cobertura)

Sobre los Procedimientos de Licitación, el literal 3 del Artículo 9.2 (Principios Generales) dicta lo siguiente:

“Una entidad contratante utilizará un procedimiento de licitación abierta para la contratación pública cubierta, con excepción de lo dispuesto en los artículos 9.7.3 al 9.7.7 y 9.8. se considera licitación abierta, salvo excepciones”.

Por ejemplo, se dará contratación directa cuando en respuesta a un aviso anterior de participación: no se presentó ninguna oferta, no se presentaron ofertas que cumplan con los requisitos exigidos en los documentos de licitación, o ningún proveedor cumplió con las condiciones de participación. O en el caso de tratarse de servicios adicionales de construcción.

De otro lado, uno de los temas más sensibles del Capítulo, es el hecho de restringir el uso de condiciones compensatorias especiales. Estas condiciones, son definidas en el Tratado (Artículo 9.16: Definiciones) como aquellos compromisos que fomentan el desarrollo local o que mejoran las cuentas de la balanza de pagos, a través de requisitos de contenido local, licencias para el uso de tecnología, inversiones, comercio compensatorio o requisitos similares. Así, el literal 5 del Artículo 9.2 (Principios Generales), dicta lo siguiente:

“Una entidad contratante se abstendrá de buscar, tomar en cuenta, solicitar o imponer condiciones compensatorias especiales en la calificación o selección de proveedores, bienes o servicios, en la evaluación de los licitantes, o en la adjudicación de contratos, ya sea en la etapa anterior a la contratación o durante la misma”.

Esto limita severamente el uso de las compras públicas como instrumento del Estado para impulsar la industria nacional, elimina el uso de todo tipo de requisitos de desempeño y refuerza cláusula similar aprobada en el Capítulo de Inversiones.

De otro lado, un tema central en el Capítulo, ha sido la definición de los umbrales entre los cuales se tiene que encontrar como mínimo el valor de una contratación pública, para que esta sea cubierta por el Capítulo. Así, los Umbrales en el TLC han sido planteados como se muestran en el siguiente cuadro, dependiendo del nivel de gobierno y la sección del Capítulo. Cabe mencionar que, estos Umbrales serán modificados por los EEUU cada dos años, según la metodología planteada en la sección H (Fórmula de Ajuste de los Umbrales) del Capítulo.

UMBRALES	
<u>Sección A - Nivel de Gobierno Central</u>	
Aquí figuran los Ministerios (incluido el de Salud), ESSALUD, SBS, Universidades, el BCR, entre otros.	
Umbrales:	
• Contratación de bienes y servicios:	US\$ 193,000
• Contratación de servicios de construcción:	US\$ 7,407,000
Excepciones: Ministerio de Defensa, no se aplica a confecciones; MEF, no se aplica a consultorías de PROINVERSIÓN; Ministerio de Justicia, no se aplica a COFOPRI; ESSALUD, no se aplica a sábanas y frazadas.	
<u>Sección B – Nivel Sub-Central del Gobierno</u>	
Perú: Todos los Gobiernos Regionales.	

EEUU: Arkansas, Colorado, Florida, Illinois, Mississippi, New York, Puerto Rico, Texas y Utah (en cada caso hay listas positivas, y en algunos de ellos se exceptúa el acero, los vehículos motorizados y el carbón))

Umbrales:

- Contratación de bienes y servicios: US\$ 526,000
- Contratación de servicios de construcción: US\$ 7,407,000

→ *Un Gobierno Regional puede denegar los beneficios de esta Sección a un proveedor de la otra Parte a menos que el proveedor esté establecido en un Estado participante, o es directa o indirectamente de propiedad o controlado por una empresa que tiene su lugar principal de negocios en un Estado participante. O que la producción o ensamblaje de los Estados participantes representen el 51% de dicho bien.*

Sección C – Otras entidades cubiertas

En Perú pueden encontrarse por ejemplo: CORPAC, COFIDE, Empresas Eléctricas, PERUPETRO, Banco de la Nación, Banco de Materiales, etc.

Umbrales:

- Contratación de bienes y servicios: US\$ 250,000
- Contratación de servicios de construcción: US\$ 593,000

Sección D - Bienes:

Se aplica a todos los bienes adquiridos por las entidades listadas en las Secciones A, B y C, sujeto a sus respectivas notas.

Sección E – Servicios

Se aplica a todos los servicios contratados por las entidades listadas en las Secciones A, B y C, sujeto a sus respectivas notas. *Todos los servicios se encuentran sujetos a las medidas existentes de cada Parte listadas en el Anexo del Capítulo de Comercio Transfronterizo de Servicios.*

El Capítulo se ha negociado bajo el esquema de listas negativas, por lo que cada país ha guardado reservas en determinados sectores de interés nacional. En el caso de Perú, se han reservado las siguientes actividades: servicios de contabilidad y auditoría, de arquitectura, de diseño e ingeniería, de ingeniería durante la fase de construcción e instalación, de conciliación y arbitraje. Mientras que, EEUU incluye servicios relacionados a: Investigación y Desarrollo (I&D); procesamiento de información y servicios de telecomunicaciones; mantenimiento, reparación, modificación, reconstrucción e instalación de bienes y equipos (barcos); operación de instalaciones de propiedad del gobierno; servicios públicos; y servicios de transporte, viajes y reubicación.

En el Anexo sobre Contratación Pública, cada país plantea una serie de notas generales a tener en cuenta, que serán aplicadas en conformidad con el Capítulo.

Notas Generales

Perú:

- Este Capítulo no se aplica a los programas de contratación pública para favorecer a las pequeñas y micro empresas.
- No se aplica a la contratación entre entidades públicas.
- No se aplica a la contratación de bienes para programas de ayuda alimentaria.
- A la adquisición de tejidos y confecciones elaborados con fibras de alpaca y llama.
- Contrataciones y adquisiciones realizadas por Embajadas, Consulados y otras misiones.

EEUU:

- No se aplica a las reservas (set-asides) en nombre de la pequeña empresa y empresas de minorías.
- No se aplica a contrataciones de servicios de transportes.

Aquí se pueden hacer varios comentarios. En primer lugar, la amplitud del Capítulo con escasa excepciones en el caso peruano, y mientras se comprometen todos los niveles del Estado Nacional y regional, EEUU sólo considera algunos estados, sin existir reciprocidad.

En segundo lugar, los umbrales sólo salvaguardan a los proveedores más pequeños, pero alrededor del 50% de las compras estatales (aprox. US\$ 2,500 millones) tendrán que ser peleadas por los medianos empresarios peruanos (y algunos grandes) con los proveedores estadounidenses, que tienen condiciones de tecnología, escala, condiciones financieras, logísticos que configuran pronunciadas asimetrías a su favor. Esto particularmente en el caso de los bienes, porque en servicios ya existía una legislación bastante liberal que los expuso a la competencia hace varios años.

Los compromisos asumidos, al igual que en el CAFTA, bloquean la aplicación de prácticamente cualquier mecanismo no comercial que el Estado busque aplicar en las compras del Estado. Además, los umbrales serán revisados y eventualmente modificados no por nuestro país sino por la contraparte estadounidense.

Es cierto que en teoría podemos acceder a las compras de algunos estados norteamericanos, y que existen algunos casos exitosos. Pero, es previsible dadas las asimetrías existentes, que la presencia norteamericana aumentará en las compras públicas peruanas desplazando a las empresas medianas principalmente, las que son justamente las que en diversos estudios han sido identificadas como aquellas que tienen potencial exportador. Estas combinan mercado interno con exportaciones y las que tenían mercados extraregionales, eran más bien la excepción. De modo tal que, se dificulta el acceso de aquellas empresas que potencialmente serían beneficiarias del acuerdo, y no solo en este Capítulo

VI. MEDIO AMBIENTE

El Capítulo sobre medio ambiente en el TLC, no busca elevar los estándares ambientales existentes dentro de la normativa interna (a diferencia de otros Capítulos en los que se busca aumentar los niveles de protección, como es el caso del Capítulo sobre propiedad intelectual). En general, en el TLC la protección al medio ambiente es algo que se ha dejado de lado. Esto se vuelve más evidente en el Capítulo sobre inversiones, donde los derechos de los inversionistas están por encima del medio ambiente; o en el Capítulo de propiedad intelectual, donde se ha impulsado el patentamiento de plantas con riesgo de actos de biopiratería.

En relación a los niveles de protección ambiental que debe cumplir cada país, el Artículo 18.1 (Niveles de protección) reconoce el derecho de cada país en:

*“...establecer sus propios niveles de protección ambiental interna y sus prioridades de desarrollo ambiental, y de adoptar o modificar por consiguiente sus leyes y políticas ambientales, **cada Parte se asegurará** de que sus leyes y políticas establezcan y estimulen **altos niveles de protección ambiental** y se **esforzará** por seguir mejorando sus respectivos niveles de protección ambiental”.*

De este modo, queda claro el reconocimiento de los derechos de cada país a establecer internamente sus niveles de protección ambiental y sus políticas y prioridades, sin existir la pretensión de estandarizar hacia arriba estos niveles. Tampoco existe la obligatoriedad de mejorar las propias leyes ambientales, cada parte sólo se comprometa a esforzarse en una mejora.

De otro lado, si bien se entiende que cada país debe asegurar que sus propias leyes establezcan altos niveles de protección ambiental, este compromiso puede resultar confuso. Se pueden generar conflictos relacionados con la definición de criterios para establecer lo que constituye un estándar alto, y las consecuencias de incumplirlo. Además, tampoco resulta posible garantizar altos niveles de protección ambiental, si no se establecen compromisos de disminuir las asimetrías existentes en la legislación de cada Parte. Podrían presentarse problemas ante el interés de EEUU en modificar las leyes hacia niveles ambientales altos y subjetivos.

Según queda definido en el Artículo 18.11, la legislación ambiental se refiere a cualquier ley, regulación o disposición, que tenga como propósito principal proteger el medio ambiente o prevenir un peligro para la vida o salud humana, animal o vegetal, mediante:

*“... (a) la prevención, reducción o control de una fuga, descarga o emisión de contaminantes ambientales; (b) el control de sustancias o productos químicos, materiales y desechos tóxicos o peligrosos para el medio ambiente, y la difusión de información relacionada con ellos; o (c) la protección o conservación de flora y fauna silvestres, incluyendo las especies en peligro de extinción, su hábitat y las áreas naturales bajo protección especial,... **pero sin incluir ninguna ley o***

regulación, o ninguna disposición..., relacionadas directamente con la seguridad o salud de los trabajadores”.

Como vemos, la definición de legislación ambiental contenida en el TLC excluye expresamente las medidas ambientales relacionadas con la seguridad o salud de los trabajadores (que dicho sea de paso, tampoco se consideran en el Capítulo laboral). De este modo, los problemas socio-ambientales no han sido incluidos en este Capítulo, ni en el Tratado en general. Esto es contrario a la legislación nacional, que señala como uno de sus lineamientos que “*el desarrollo de toda actividad empresarial debe efectuarse teniendo en cuenta la implementación de políticas de gestión ambiental y de responsabilidad social*” (Ley General del Ambiente, Artículo 11°, Literal i).

En general, el concepto de legislación ambiental contenido en el TLC es sumamente restringido en relación a la legislación nacional. Se dejan de lado, temas importantes contenidos en nuestra legislación, tales como: la planificación y ordenamiento territorial ambiental, el saneamiento básico, los conocimientos colectivos, el aprovechamiento de recursos naturales y pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, entre otros.

De este modo, sólo una violación a legislación ambiental como es entendida en el Tratado, podrá ser sometida al proceso de solución de controversias (según lo establecido en el Capítulo 20). Las posibles violaciones a la legislación ambiental, en las que pueda incurrir una empresa, son menores que las medidas contenidas en la legislación nacional.

Además, también se menciona que la aplicación de legislación ambiental, en el ámbito del Capítulo, es a nivel federal para EEUU y a nivel central de gobierno para Perú. Así, se dejan de lado una serie de medidas y disposiciones ambientales que Perú mantiene en el ámbito regional o municipal.

De otro lado, en el Artículo 18.2 (Aplicación y Observancia de las Leyes Ambientales) se dispone lo siguiente:

*“ Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación ambiental, a través de un curso de acción, o inacción, sostenido o recurrente, **de manera que afecte el comercio** entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo”. (Literal 1.a)*

“Ninguna disposición en este Capítulo se interpretará en el sentido de facultar a las autoridades de una Parte para (...) hacer cumplir la legislación ambiental en el territorio de la otra Parte”. (Literal 3).

Por el texto anterior, podemos ver que la aplicación y observancia de las leyes ambientales en el TLC, se determina en relación a si estas afectan el comercio entre las Partes. En otras palabras, sólo cuando la inaplicación de leyes ambientales tenga un efecto negativo en el comercio, se considerará como una violación a tales leyes. De este modo, el tema comercial se considera por encima de la protección al medio ambiente.

Algunos⁸³ han señalado la existencia de un dualismo en este Capítulo, ya que en unos casos se habla de la legislación ambiental en el marco del Tratado, y en otros, de la legislación ambiental interna. La primera es sumamente restrictiva y sólo se considera violada cuando afecta el comercio entre las Partes. Mientras que la segunda, como es entendida en el marco del TLC, no garantiza de forma explícita la protección del medio ambiente, ya que se presenta como un conjunto de exhortaciones sin fuerza de ley.

El Artículo 18.3 sobre Reglas de Procedimiento, refuerza la existencia de una ambigüedad entre la legislación ambiental interna y aquella que supone el Tratado. Este Artículo, en principio establece las reglas de comportamiento, así como el marco de las sanciones orientadas a proteger el medio ambiente, en general, dicta lo siguiente:

- “1. Cada Parte asegurará que las personas interesadas puedan solicitar a las autoridades competentes de la Parte que investiguen supuestas infracciones **de su legislación ambiental** (...).*
- 2. Cada Parte asegurará que los procedimientos judiciales, cuasijudiciales o administrativos se encuentren disponibles, (...) , para sancionar o reparar las infracciones **a su legislación ambiental**(...).*
- 4. Cada Parte proporcionará ..., acceso efectivo a reparaciones frente a infracciones a **la legislación ambiental de esa Parte** (...).*
- 5. Cada Parte establecerá sanciones o reparaciones apropiadas y efectivas a las infracciones **a su legislación ambiental** que: (a) tomen en cuenta, (...) , cualquier beneficio económico que el infractor haya obtenido de tal acción, la condición económica del infractor, (...); y (b) podrán incluir sanciones y acciones administrativas, civiles y penales...”(Artículo 18.3: Reglas de Procedimiento)*

Lo establecido en este Artículo, parece promover la adopción de reglas de procedimiento en caso de violación de la legislación ambiental. Sin embargo, en la práctica, no garantiza el cumplimiento efectivo de la legislación ambiental interna, en vista de lo establecido en el Artículo 18.2. En el marco del Tratado, sólo las violaciones a la legislación ambiental que afecten el comercio serán sancionadas. Además, tampoco se consideran las limitaciones existentes a la hora de establecer y ejecutar sanciones ante los daños contra del medio ambiente, lo cual es de especial importancia en el caso de las industrias extractivas.

De otro lado, a pesar de contener un Artículo que contiene medidas para mejorar el desempeño ambiental, en realidad no existen tales medidas. Según el Artículo 18.4:

- 1. Las Partes reconocen que los incentivos y otros mecanismos **flexibles y voluntarios** pueden contribuir al logro y mantenimiento de la protección ambiental (...).*
- 2. Según sea **apropiado y viable** y de acuerdo con sus leyes, cada Parte deberá estimular: (a) el mantenimiento, desarrollo o mejora de las metas y*

⁸³ Henry Ml. Mora Jiménez. “101 Razones para Oponerse al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos”. Escuela de Economía, UNA. Pág. N° 155.

*estándares utilizados para medir el desempeño ambiental; y (b) **Medios flexibles** para alcanzar dichas metas y cumplir tales estándares.*

De este modo, sólo se promueven o incentivan la adopción de mecanismos flexibles y voluntarios para la protección del medio ambiente, pero no se habla nada acerca de establecer compromisos responsables y obligatorios para la correcta gestión ambiental por parte de las empresas.

En el marco del Capítulo, se establece un Consejo de Asuntos Ambientales (Artículo 18.5), para el cual será designado un funcionario con responsabilidades ambientales. El Consejo tiene entre sus funciones las siguientes: (a) Discutir los avances en la implementación del Capítulo ambiental; (b) Presentar informes sobre la aplicación de este Capítulo; (c) establecer las modalidades y procedimientos para la participación del público en su labor; (d) Considerar y discutir los avances en la implementación del Acuerdo de Cooperación Ambiental; y (e) Procurar resolver las controversias que puedan surgir al amparo de este Capítulo. Habría que ver en que medida, este Consejo permite la participación de autoridades ambientales como el CONAM.

De otro lado, en relación al tema de cooperación ambiental, según el Artículo 18.7, los países se han comprometido a:

*“1. (...) fortalecer sus capacidades para proteger el medio ambiente y promover el desarrollo sostenible, **en armonía con el fortalecimiento de sus relaciones de comercio e inversión.***

3. (...) emprender actividades de cooperación ambiental conforme al Acuerdo de Cooperación Ambiental entre Estados Unidos y Perú ("ACA"), incluyendo actividades relacionadas con la implementación de este Capítulo”

Si bien se menciona la importancia de fortalecer las capacidades para la protección ambiental, se resalta que estas medidas deberán estar en armonía con el comercio y la inversión. En tal sentido, no se buscará fortalecer aquellas medidas ambientales que puedan tener un efecto negativo sobre los flujos de inversión o comercio. Además, si bien mediante el Acuerdo de Cooperación Ambiental (ACA), los países se comprometen a ampliar sus relaciones de cooperación en asuntos ambientales, no se menciona de donde se obtendrán los recursos o el financiamiento.

En relación a la Diversidad Biológica, el Artículo 18.8 del Tratado establece lo siguiente:

*“Las Partes **reconocen** la importancia de la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica y su rol en el logro del desarrollo sostenible. En consecuencia, **se mantienen comprometidas a promover y fomentar** la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica y todos sus componentes. ... **reconocen la importancia** de respetar y preservar los conocimientos tradicionales y prácticas de sus comunidades indígenas. ... **reconocen la importancia** de la participación y consulta pública, ... ,en temas relacionados con la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica...”*
(Artículo 18.8, literales 1, 2, 3 y 4)

De este modo, se incluye una mención sobre el reconocimiento de la importancia de los Conocimientos Tradicionales y la biodiversidad. Pero, no se dice nada acerca de los mecanismos por los cuales se reconocen estos Conocimientos Tradicionales, no se habla de mecanismos de carácter normativo para garantizar su reconocimiento, ni acerca de la participación justa de los beneficios por parte de las comunidades indígenas.

En general, uno de los principales intereses de los países andinos, que pertenecen al Grupo de Naciones Mega – Diversas y han ratificado el CDB, ha sido garantizar que el acceso a los recursos genéticos y el uso de Conocimientos Tradicionales genere una compensación económica justa y equitativa para el país. En este sentido, el INDECOPI ha señalado⁸⁴ que todo acuerdo comercial debería contemplar un Capítulo específico que tenga como primer compromiso la adhesión al CDB, pues el mismo es el estándar existente para la protección de la biodiversidad y los Conocimientos Tradicionales en el mundo.

Sin embargo, en el Artículo 18.10 (Relación con los Acuerdos Ambientales) del TLC sólo ha quedado establecido lo siguiente:

*“1. Las Partes reconocen que los acuerdos ambientales multilaterales, **de los cuales todos son parte**, desempeñan un papel importante en la protección del ambiente..., las Partes continuarán buscando los medios para aumentar el apoyo mutuo entre acuerdos ambientales multilaterales de los cuales todos son parte y acuerdos comerciales de los que todos son parte... 3. Cada Parte reconoce la importancia **para sí** de los acuerdos ambientales multilaterales **de los cuales es Parte**.” (Artículo 18.10)*

De este modo, bajo el TLC se tiene sólo que cada país reconoce para sí la importancia de los AMUMA de los que forma parte. En este sentido, EEUU no reconoce ni garantiza el cumplimiento de AMUMA importantes para Perú, como el CDB o el Protocolo de Kyoto, de los que no forma parte. Es más, EEUU podría usar los mecanismos previstos en el Capítulo ambiental para supervisar el cumplimiento de Perú en la aplicación del CDB o el Protocolo de Kyoto, mientras que ellos no tendrían ninguna obligación al respecto.

En general, los países podrán someter a consultas cualquier asunto que surja como resultado del Capítulo sobre medio ambiente. En caso no se llegue a un acuerdo por medio de las consultas, tendrá que intervenir el Consejo, quien procurará resolver el asunto de manera expedita. Sólo se podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias ante las violaciones a la legislación ambiental surgidas de conformidad con literal 1 (a) del Artículo 18.2 (que como vimos antes, sólo se refiere a aquellas violaciones a la legislación ambiental que afecten el comercio). De este modo, cualquier violación a la legislación ambiental que no afecte el comercio, tendrá que ser resuelta por el mecanismo de consultas o por el Consejo, que no establecen una sanción y sólo dan recomendaciones.

⁸⁴ INDECOPI. *Perú: Los intereses nacionales en Propiedad Intelectual y los TLCs: Marco referencial*. Marzo de 2005

VII. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Se ha establecido el esquema habitual de los TLCs que impulsa EEUU, según el cual, el proceso de solución de controversias consta de tres etapas. La primera corresponde a la etapa de consultas, en la que, según el Artículo 21.4:

“cualquier país podrá solicitar por escrito a cualquier otra Parte la realización de consultas respecto de cualquier medida vigente o en proyecto, o respecto de cualquier otro asunto que considere pudiese afectar el funcionamiento de este Tratado. Si una Parte solicita consultas, la otra Parte responderá prontamente a esa solicitud y entablará consultas de buena fe”.

La Parte consultante tiene un plazo de 60 días después de la entrega de la solicitud para resolver la consulta (15 días si se trata de asuntos relacionados con bienes perecederos), salvo que ambos países acuerden otro plazo. En caso de que no se logre resolver la controversia en esta primera etapa, se procede a la segunda etapa del proceso, en la que interviene una Comisión formada por representantes del MINCETUR. Esta Comisión se reúne 10 días después de hacer la solicitud para su conformación. Cabe mencionar que los países también pueden solicitar que se reúna la Comisión, cuando realicen consultas relacionadas con los artículos sobre Consultas Laborales Cooperativas (Artículo 17.6), Consultas Ambientales (Artículo 18.9), o del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio (Artículo 7.8).

La intervención de la Comisión puede durar entre 30 y 75 días, u otro período semejante que los países acuerden. En general, el plazo dependerá de factores, como el número de procesos que atienda, si existe algún retraso en su conformación, o si se trata de un asunto relativo a mercancías perecederas.

Si las partes no llegan a un acuerdo satisfactorio en esta segunda etapa, se recurre a la última etapa, en la que se establece un Panel Arbitral. Este Panel, de naturaleza ad hoc y compuesto por tres árbitros, deberá determinar si una Parte ha incumplido con sus obligaciones y, eventualmente, presentar sus recomendaciones. Dentro de los 120 días siguientes a la selección del último árbitro, el Panel expedirá un informe inicial sobre la controversia, con sus determinaciones y recomendaciones. Luego de 30 días de la expedición del informe inicial, y con las observaciones de las Partes, el Panel emitirá un informe final, sobre el cual las Partes acordarán la solución.

Además, según el Artículo 21.10 (literal 1d) *“el panel considerará intervenciones de entidades no-gubernamentales de los territorios de las Partes contendientes para entregar opiniones escritas relacionadas con la controversia que puedan ayudar al panel en la evaluación de los alegatos y argumentos de las Partes contendientes, siempre que ellas así lo acuerden”.* La presencia de un órgano intergubernamental carece de sentido, sólo incrementa los costos del proceso, y genera una presión política producto de la negociación asimétrica.

De este modo, el planteamiento del TLC modifica el concepto tradicional de arbitraje. Se dispone que luego de agotados los procedimientos de consulta directa, se emitirá un informe sobre el cual las Partes deben acordar una solución. Esto insiste innecesariamente en una solución negociada, que ya fue agotada en etapas previas, y prolonga la decisión final.

Además, contrario a lo que buscaban los andinos, las decisiones del panel no son directamente vinculantes, esto le resta toda eficacia al mecanismo de solución de controversias. Se introducen consideraciones de naturaleza política a lo que debería ser una solución de carácter jurídico imparcial. El órgano arbitral adoptado en el TLC, debería poseer un poder decisorio como ocurre en otros acuerdos comerciales, eliminándose la presencia de un órgano intergubernamental de solución política.

En este sentido, Novak⁸⁵ propone judicializar la tercera etapa del proceso, otorgándole al panel arbitral poder de decisión con un carácter vinculante, y no sólo limitarse a emitir un informe con carácter de recomendación. Así, recomienda privilegiar la opción legal antes que política en la solución de controversias, y fijar la sede del órgano en el país más pobre, esto reduce costos, plazos y elimina presión.

En cuanto a las compensaciones, se establece que estas serán mutuamente aceptables y establecidas por las Partes a solicitud de la Parte reclamante. Si dentro de un plazo determinado no se acuerda una compensación o la Parte demandada incumple, la reclamante podrá iniciar la suspensión de beneficios, de acuerdo a lo establecido por el Panel. En este punto, Novak menciona que sería mejor que sea el órgano arbitral quien determine el monto de la reparación, esto reduce los costos y el nivel de presión. Además, la sanción debe tomar en cuenta las asimetrías entre los países, y debe buscar propiciar un mejoramiento en los estándares y no ser una simple compensación monetaria.

Sin embargo, si no se llega a una solución en 45 días, se procede a establecer una compensación mutuamente aceptable, y si está no se establece en 30 días se inicia la suspensión de beneficios –para no suspenderse los beneficios la parte demandada puede comprometerse a pagar un cuota pecuniaria anual-⁸⁶.

El sistema de solución de controversias impuesto por EEUU, no garantiza el acceso real y equitativo de los Estados Partes. Para Perú, los costos del proceso son significativos (pago de abogados y duración del proceso), y además existe el problema de la ausencia de profesionales expertos en litigios comerciales internacionales.

En el texto no se menciona nada acerca de mecanismos que permitan un acceso equitativo de Perú en el proceso, ni tampoco se menciona otorgar un trato especial a Perú al momento de las compensaciones –sólo se menciona que estas no podrán exceder los US\$15 millones anuales-. Por ejemplo, en el caso del ALCA se planteó que se prestaría atención al grado de

⁸⁵ Fabián Novak. *Impacto de las Negociaciones Hemisféricas: Implicancias en el Mecanismo de Solución de Controversias*. Secretaría General de la CAN. Documento Informativo SG/di 719. Marzo de 2005

⁸⁶ Se conforma otra vez el panel arbitral para que analice si el nivel de beneficios suspendidos es conforme con el daño –esta etapa puede durar hasta 120 días-.

desarrollo de los países durante todas las etapas del proceso y también al momento de fijar la compensación. Asimismo, se estableció que la Secretaría del ALCA brindaría asesoría y asistencia jurídica a los países menos desarrollados.

Sobre la conveniencia del sistema de solución de controversias planteado por EEUU, hay que tener en cuenta que uno de los principales factores que limitan el acceso de los países en desarrollo a estos sistemas, son los elevados costos del proceso (principalmente por los honorarios de los abogados y expertos contratados). El sistema planteado por EEUU no sólo eleva los costos del proceso, sino que es contrario a las disposiciones andinas sobre este tema.

REFLEXIONES FINALES

En el trabajo se ha tratado de hacer un balance crítico de los textos acordados en algunos capítulos centrales, señalando algunas implicancias respecto a compromisos OMC-Plus que se están adoptando, así como contenidos que se han tomado como piso de otros TLCs negociados anteriormente por EEUU (particularmente el CAFTA).

De otro lado, se buscó contrastar los compromisos del TLC, con la estimación de impactos probables, a partir de los escenarios planteados. Para tal fin, se ha presentado nueva evidencia empírica, pero también se rescatan diferentes estudios realizados por colegas o instituciones, que oportunamente desarrollaron sus aportes pero que lamentablemente no fueron incorporados en la posición oficial del Perú por los negociadores. Algo parecido ha ocurrido con propuestas muy precisas y fundamentadas elaboradas por distintos gremios que representan a empresarios y trabajadores.

Es el caso por ejemplo de CONVEAGRO, que no sólo rescataba los compromisos de consensos a los que llegaron entre productores agrarios y el gobierno, sino que se presentaron propuestas de desgravación y mecanismos compensatorios que lamentablemente fueron dejadas de lado por el gobierno sin respetar las famosas “líneas rojas” de la negociación.

Otro ejemplo fue el de ADIFAN. Este gremio, que representa a la industria farmacéutica local, participó activamente en todas las rondas de negociación, y coordinó también con sus pares gremiales andinos, presentando diversas propuestas tanto en el tema de medicamentos como en el de compras del Estado referidas a la salud pública. Aunque, no deja de llamar la atención un súbito viraje en la posición de este gremio, que ahora con su nuevo presidente ha manifestado apoyo al TLC sin ninguna autocritica de por medio, o la presentación de nuevos estudios o trabajos que muestren que sus anteriores posiciones estuvieron erradas.

Se ha mostrado en las diferentes secciones, una fundamentación que nos hace concluir que la suscripción del TLC tal cual está tiene costos significativos para la economía y la sociedad peruana, que hacen palidecer los beneficios potenciales que han sido sobre estimados y difundidos masivamente en la propaganda del gobierno.

Esto es particularmente grave en el caso de la agricultura nacional, que ha sido una de las mayores sacrificadas en la negociación. La eliminación de la franja de precios, que deja a los agricultores sin protección en frontera, frente a los subsidios y ayudas internas norteamericanas que introducen una competencia desleal que reducirá artificialmente el precio, dejando sin posibilidades de competir a los productores nacionales.

Cuando no se ha otorgado una desgravación inmediata, las cuotas iniciales son significativas para algunos productos, y tienen tasas de crecimiento elevadas, condenando a buena parte de los agricultores a una muerte en plazo fijo. Por si fuera poco, las salvaguardias especiales (cuando existen) solamente tienen vigencia durante el período de desgravación y no al final del mismo (que es cuando más se necesitan).

Se ha tratado en la propaganda oficial de minimizar el impacto, señalando que los perjudicados no serían tantos, o que las importaciones principales de varios productos provienen del MERCOSUR, o que deben tener una reconversión y que hay plazos suficientes para realizarlo ordenadamente. Y, que en última instancia las compensaciones ofrecidas por el gobierno, serían suficientes para paliar los costos del TLC.

Hemos tratado de mostrar en esa sección, que el impacto de la eliminación de la franja de precios es considerable en el precio de los productos agrícolas, lo que les hará muy difícil enfrentar la competencia desleal. Este costo, no ha sido considerado por aquellos defensores del TLC, cuando es lo central que tenemos que estimar.

También se ha puesto en evidencia, como las cifras de hectáreas de productos sensibles y/o beneficiarios, pueden variar sustancialmente según los criterios que se utilicen. Hemos sistematizado los rangos de variación que de acuerdo a las diferentes clasificaciones se han estimado.

Las compensaciones ofrecidas por el gobierno son insignificantes, considerando la magnitud que tiene el problema tanto por el escaso número de productos considerados, como por la cantidad que aún en esos casos se ofrece. Así también porque se asume que tendrán los volúmenes de inversión suficientes para una reconversión, y que todos los perjudicados podrán hacerlo (asumiendo que hay mercado para todos, o que el precio no variará ante el incremento de la oferta, o que las tierras pueden sustituir cultivos sin ningún problema).

En cuanto al Capítulo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias –las que en última instancia determinarán el ingreso irrestricto o no de nuestras exportaciones agrícolas–, se menciona el escaso nivel de compromiso adoptado. Ambos países podrá seguir utilizando unilateralmente medidas de este tipo, que pueden constituirse, en restricciones al comercio. Pero lo más importante aquí, es la suscripción de cartas paralelas, las cuales van más allá de lo plasmado en el texto del acuerdo. Así, el Perú se comprometió a anular las restricciones existentes a la importación de carne vacuna y de ave procedente de los EEUU, aún cuando en dicho país se habían registrado casos de la enfermedad de las “vacas locas”. De modo que debemos estar alertas a este tipo de compromisos paralelos, para que no tengamos mayores sorpresas en el futuro.

En propiedad intelectual se cuestiona los costos estimados por el gobierno, producto de la adopción de datos de prueba para medicinas y agroquímicos. Se presentan cálculos propios que muestran cifras sustancialmente superiores, que con metodologías distintas se acercan a las estimaciones que hizo en su momento el Ministerio de Salud.

Se presentan cálculos también de lo que representa el alargamiento del período de las patentes. Asimismo, las implicancias de la suscripción por parte del Perú de Tratados Internacionales que no se habían considerado convenientes para el interés nacional, como es el caso del UPOV – 1991 y el Protocolo Referente al Arreglo de Madrid Relativo al Registro Internacional de Marcas.

Si bien formalmente se han rechazado las patentes de segundos usos, o de métodos terapéuticos, etc., permanecen ambigüedades en la redacción del texto, que abren ventanas a partir de las cuales se podría cuestionar el espíritu del acuerdo.

Además, virtualmente se avala el patentamiento de plantas lo que pone en riesgo Conocimientos Tradicionales y biodiversidad, ya que nuestros agricultores y/o comunidades, no podrían continuar con la manipulación de semillas que han hecho generación tras generación con los consecuentes aportes a la humanidad. La Carta adjunta que se ha planteado al respecto no es garantía suficiente, la que sí estaría constituida por la suscripción de EEUU del Convenio sobre Diversidad Biológica, a lo cual se ha negado y no figura en el TLC.

También hay problemas en el Capítulo de inversiones. No sólo por la amplitud de la definición presente en el texto, lo cual permite adquirir derechos antes de que propiamente se efectúe la inversión. También, por la eliminación de todos los requisitos de desempeño, y principalmente por el concepto de expropiación indirecta, que constituye una amenaza importante al Estado, no sólo por la iniciación de costosos juicios planteados y arbitraje internacional, sino porque limita severamente los márgenes de maniobra de instrumentos de política que son inherentes a todo Estado soberano (como la impositiva o la ambiental).

Un tema crucial en el Capítulo sobre comercio de servicios, tiene que ver con las implicancias de tratar el suministro de servicios a través del Modo 3 dentro del Capítulo de inversiones, y no en el propio Capítulo sobre Comercio de Servicios. En este Capítulo, tal como menciona el USTR, el Perú ha hecho compromisos superiores a los realizados en el marco de la OMC (como la supresión de todas las restricciones numéricas y la prohibición de exigir presencia local a las inversiones en servicios). De este modo, se consolida el acceso de EEUU a importantes sectores, como los servicios financieros, telecomunicaciones, energía, turismo, etc.

De otro lado, lo conseguido por Perú ha sido muy poco. El interés nacional, era conseguir un mayor acceso al mercado estadounidense para los servicios profesionales. Sin embargo, EEUU no ha hecho ningún compromiso real en los temas centrales, tales como licencias temporales de trabajo, convalidación de títulos profesionales, visas, etc. Esto limita el potencial existente para nuestro país.

El Capítulo sobre Compras del Estado, pese a ser uno de los más sensibles (en Perú involucra compras cercanas a los US\$ 5,000 millones), no ha recibido mayor atención. Aquí, el Perú ha renunciado a su política de incentivos a la industria nacional, otorgando mejores condiciones a los EEUU y posiblemente al resto de países. Además, el resultado no ha sido equitativo, ya que mientras el Perú compromete todos los niveles del Estado, EEUU sólo considera algunos estados.

En el caso de los umbrales establecidos, se tiene que sólo protegen a los proveedores más pequeños (que explican aproximadamente la mitad de las compras), mientras que los medianos empresarios tienen que competir en desventaja frente a los proveedores estadounidenses. Finalmente, si bien podemos acceder a las compras de algunos estados de

EEUU, las asimetrías existentes entre ambos países impedirán un acceso real a las mismas, ya que existen restricciones incluso para estadounidenses de estados diferentes.

En suma, el Perú ha renunciado al uso de las Compras del Estado como un instrumento para el desarrollo de la industria nacional y las pymes. Esto es particularmente grave en un contexto en el que estas políticas fueron prácticamente eliminadas por las políticas de liberalización y apertura que se aplicaron en los años noventa, y no han sido sustituidas por otras ni siquiera de carácter horizontal y no discriminatoria. Se contribuye así a la reducción de los márgenes de maniobra del Estado para el impulso de su estrategia de desarrollo, que también se encuentra en otros Capítulos del TLC.

En relación al Capítulo sobre medio ambiente, queda claro que aparte de algunas buenas intenciones y declaraciones retóricas, no existe un compromiso manifiesto para la aplicación y mejora de las normas ambientales, salvo para aquellas que afecten el comercio. Además, al igual que lo ocurrido en el Capítulo sobre Propiedad Intelectual, no se ha logrado nada que garantice la efectiva protección a la biodiversidad y Conocimientos Tradicionales. No se han incluido medidas que garanticen el cumplimiento de los compromisos ya adquiridos por el Estado peruano en el marco de los AMUMAs, como el CDB o el Protocolo de Kyoto, de los que EEUU no es parte.

El sistema de solución de controversias planteado por EEUU contradice en muchos aspectos la normativa de los Países Miembros de la CAN. Además, el hecho de privilegiar esta modalidad de solución, implica mayores costos para el proceso. Esto es sumamente perjudicial para los países en desarrollo, ya que en el TLC (a diferencia del ALCA), no se han planteado dispositivos para compensar las desigualdades entre los países en desarrollo y los desarrollados.

En realidad, los puntos de conflicto entre lo acordado en el TLC y la normativa comunitaria vigente, son bastante amplios. No sólo respecto al arancel externo común y otros temas de acceso al mercado o referente a las disciplinas –como propiedad intelectual-, sino también en cuanto a la sustitución de comercio intraregional por importaciones estadounidenses. Sobre estos conflictos y los escenarios posibles de la integración andina y sudamericana a partir de la firma del TLC, hemos argumentado en otro trabajo⁸⁷.

En este documento, hemos analizado en cada sección, las contradicciones o tensiones que se producen entre los compromisos adoptados en el TLC con EEUU y los que tenemos en la CAN. Esta visión es más crítica, de la que oficialmente ha presentado la Secretaría General de la CAN, donde encuentra bastante compatibilidad entre el acuerdo regional y el TLC, y pone como costos menores aspectos que nosotros consideramos centrales, aún utilizando la propia evidencia presentada en ese documento⁸⁸.

⁸⁷ Alan Fairlie. *Los países Andinos Frente al TLC y la Comunidad Sudamericana de Naciones*. 2006. En: <http://www.fes.org.pe>.

⁸⁸ Secretaría General de la Comunidad Andina. “*Elementos para una evaluación del Tratado de Libre Comercio de Colombia y Perú con los Estados Unidos de América, frente al Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina*”. SG/dt 337/Rev. 1. 22 de abril de 2006

En otro importante trabajo, la Secretaría General de la CAN⁸⁹ identifica los costos y beneficios de diferentes acuerdos suscritos por los países miembros, entre ellos el TLC. Los resultados del modelo de equilibrio general computable reseñado son moderadamente positivos, y no difieren sustancialmente lo que se ha encontrado en otros estudios que utilizan esta metodología. Pero, los cálculos utilizando diversos indicadores de comercio que son normalizados, estiman cifras que son preocupantes, como por ejemplo el hecho que aproximadamente el 40% del comercio intraregional sería sensible o muy sensible a la competencia estadounidense, lo que podría llevar inclusive a su sustitución.

Hemos querido contribuir al debate de la conveniencia o no de la suscripción de un TLC con EEUU, discutiendo críticamente los textos y aportando evidencia empírica sobre los diferentes temas abordados. Nada nos haría más felices que estar equivocados en cuanto al balance negativo que arroja este ejercicio.

⁸⁹ Secretaría General de la Comunidad Andina. “*Consideraciones sobre los Efectos en el Comercio Intracomunitario de los Acuerdos Comerciales Suscritos por los Países Andinos con Terceros*”. SG/dt 338/Rev. 1. 22 de abril de 2006