

Las negociaciones hemisféricas y la Comunidad Andina

Evaluación de Impacto



COMUNIDAD
ANDINA

SECRETARIA GENERAL



Banco Interamericano
de Desarrollo



Negociaciones Hemisféricas y la Comunidad Andina

Evaluación de Impacto

Comité Editorial:

Secretaría General de la Comunidad Andina

Producción y Edición:

Area de Imagen Institucional de la Secretaría General de la Comunidad Andina

Diseño e Impresión de Carátula:

Coordinación y Supervisión / Roxana Rey Balarezo

Diseño / Media Visión I.R.L.

Copywrite

Los textos que forman parte de esta edición no podrán ser reproducidos total o parcialmente sin autorización de los editores.

Impacto de las Negociaciones Hemisféricas

Lima, Abril 2006

INDICE

Presentación	5
Allan Wagner	
Un Balance	7
Alan Fairlie Reinoso.	
Implicaciones en acceso a Mercados	57
Ricardo Argüello C.	
Liberalización del Sector de Servicios	129
Miles K. Light	
Implicaciones en el Comercio de Servicios	169
Carlos de la Torre Muñoz	
Implicaciones en Dumping y Subsidios	219
Angela Orozco	
Implicaciones en Inversiones	259
Gonzalo Capriles	
Implicaciones en Propiedad Intelectual	389
Ana María Pacón	
Implicaciones en el Mecanismo de Solución de Controversias	495
Fabián Novak	

PRESENTACION

Los países de la Comunidad Andina conducen de manera simultánea procesos de inserción en el contexto internacional a través de las vías multilateral, regional y bilateral con el objetivo de fortalecer su competitividad y ampliar las posibilidades de crecimiento y desarrollo económico y social basados en la creación de oportunidades para productores y consumidores. Esta estrategia tiene dentro de sus principales objetivos propiciar efectos dinámicos sobre la economía a partir del crecimiento y diversificación de las exportaciones, el aumento de los flujos de inversión y de transferencia tecnológica; el aprovechamiento de economías de escala y por ende la generación de mejoras sustanciales en la competitividad, todo ello con impactos sobre el bienestar del consumidor, en un contexto de globalización que exige cada vez más esfuerzos a las economías de los países en desarrollo.

Las naciones andinas, a la vez que establecen vínculos económicos, políticos y sociales más estrechos, de manera espontánea, como resultado de la dinámica e iniciativa económica privada, también estimulan procesos de integración y relacionamiento internacional impulsados por los propios gobiernos, mediante la negociación y suscripción de acuerdos en esos tres planos de inserción en la economía mundial que se muestran complementarios hacia un resultado final: la inserción internacional de los países en un contexto de globalización.

El nuevo regionalismo, iniciado en el hemisferio por México en el marco del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y Canadá, en el cual se produjo por primera vez la asociación entre países con diferentes grados de desarrollo, derivó en un esfuerzo hemisférico de mayor envergadura. El compromiso de avanzar hacia el establecimiento de un área de libre comercio en América conocida como el ALCA, se evidenció como la alternativa hemisférica a los débiles avances del escenario multilateral. Hoy, la iniciativa hemisférica también se encuentra suspendida, precisamente por diferencias en el enfoque y profundización de concesiones entre economías con amplias asimetrías en sus niveles de desarrollo, intereses y disposición para asumir compromisos incompatibles, las cuales se convirtieron en un obstáculo persistente para la conclusión de las negociaciones.

La alternativa que emergió para avanzar en el fortalecimiento de la integración económica-comercial en el hemisferio, se fundamenta en la negociación de acuerdos bilaterales con la mayor economía del mundo: los Estados Unidos. Estos acuerdos implican una mayor profundidad en el desmonte de los aranceles entre los países signatarios, involucran una gama más amplia de áreas que los acuerdos bilaterales suscritos en América Latina hasta el momento e incluye compromisos en algunas disciplinas que pretenden avanzar más allá de lo acordado en el marco de la OMC, así como nuevas áreas que aún están en proceso de negociación en el plano multilateral, como las ambientales y laborales.

Los países andinos adelantan actualmente una agenda intensa y ambiciosa de negociaciones comerciales, además de formar parte de un proceso de integración de mayor alcance, con reglas comerciales profundas, una institucionalidad fuerte y mecanismos de diálogo político y de concertación importantes. Es por ello que se hace necesario contar con elementos objetivos que nos permiten conocer el impacto que las negociaciones internacionales, particularmente la negociación de libre comercio en el ámbito hemisférico o de un TLC con los Estados Unidos, puedan tener sobre sus economías y el proceso de integración andino.

Con ese importante objetivo, la Secretaría General de la Comunidad Andina, con el apoyo y cooperación del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), encargó a un grupo de consultores andinos una serie de estudios sobre el impacto de las negociaciones comerciales de los países de la Comunidad Andina en el Hemisferio y con los Estados Unidos, planteando algunas reflexiones que permitan apoyar las decisiones de los países y alcanzar un balance ajustado a los intereses subregionales y nacionales. Las aproximaciones han sido integrales y diversas, tanto en lo que respecta al análisis de acceso a mercados, mecanismos de defensa comercial y los impactos en el comercio de bienes y servicios, así como en otras disciplinas como propiedad intelectual e inversiones y las complejidades que se presentan en los mecanismos de solución de controversias.

Estos estudios, cuyos resultados presentamos en la presente publicación, se apoyaron en herramientas cuantitativas y cualitativas que permitieron hacer un análisis objetivo y cierto de los efectos que la liberalización del comercio, que resulta de las negociaciones del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y el Acuerdo bilateral con Estados Unidos (ALC), puedan tener sobre las economías de los países miembros de la Comunidad Andina. Sin embargo, como todo estudio técnico tienen las limitaciones propias que presentan las metodologías de análisis y la información disponible, por lo cual sus resultados, en la medida que se basan en suposiciones sobre los alcances y resultados de negociaciones no concluidas, deben ser evaluados en su justa dimensión.

Se trata de evaluaciones que, simulando una realidad basada en supuestos, procuran estimar los impactos de los acuerdos comerciales, con lo cual se convierten en una guía importante mas no suficiente de la evaluación de los procesos de negociaciones internacionales. El fin que persiguen es el de estimular la discusión y el debate, tanto en el plano nacional como desde el plano regional, de las posibles implicaciones que un acuerdo hemisférico o un acuerdo de algunos países andinos con los Estados Unidos pudiera tener sobre las economías andinas y particularmente sobre el esquema de integración subregional andino. Estos estudios son complementarios a los realizados en los países con una visión nacional, por tanto creemos que el valor de los mismos está en el enfoque regional que como Comunidad Andina le incorporamos a las evaluaciones de los elementos que se vinculan con el entramado jurídico, económico y comercial de los países andinos, a fin de potenciarlo para una mejor inserción de las economías andinas en el mercado internacional.

Allan Wagner Tizón

Secretario General de la
Comunidad Andina



Un Balance

Alan Fairlie Reinoso

Las opiniones del consultor no reflejan la posición de la Secretaría General ni del BID.

INTRODUCCIÓN

En este documento se busca retomar algunas de las principales conclusiones de los estudios encargados por la Secretaría General a consultores andinos, planteando algunas reflexiones de conjunto en base a los hallazgos de los autores.

Las aproximaciones han sido integrales y diversas, tanto en lo que respecta al análisis de acceso a mercados, mecanismos anti-dumping, y los impactos en el comercio de bienes y servicios, como en cuanto a disciplinas (propiedad intelectual, inversiones) y las complejidades que se presentan en los mecanismos de solución de controversias.

Algunos trabajos aportan estimaciones cuantitativas de costos y beneficios asociados a los acuerdos en negociación, incluyendo el TLC con EEUU. Otros, desde un enfoque jurídico-institucional han señalado más bien la convergencia y/o conflicto que puede presentarse con la normativa y el proceso de integración andino, a partir de la suscripción del TLC. Son análisis más bien cualitativos, que han tomado en cuenta los resultados de otras experiencias, o las posiciones negociadoras en otros foros de los propios países andinos, y los EEUU.

No pretendemos repetir en detalle lo que cada trabajo ha logrado como aporte. Tampoco se incluirán los puntos de vista personales de quien elabora el documento de síntesis. Se trata de basar el balance en los insumos presentados por los trabajos mencionados, incorporando algunos de los comentarios que fueron hechos durante los seminarios de discusión de los papers.

I. ACCESO A MERCADOS

Se utiliza un modelo de Equilibrio General Computable, multiregional, con rendimientos constantes a escala, utilizando la base de datos GTAP. Se consideran cuatro escenarios centrales:

- Statu Quo: implementación acuerdos actuales
- ALCA: Statu Quo + liberalización hemisférica
- ALCA con Sensibles: ALCA - sectores sensibles
- ALC: Statu Quo + ALC con Estados Unidos

Hemos elaborado, en base a los resultados del autor, dos cuadros resumen en los que se presenta no los números y cifras, sino el signo de los efectos para cada escenario y país en las principales variables, así como un orden de prioridad de los escenarios con mayores o menores beneficios.

CUADRO N° 1

Escenario	Variable	Colombia	Perú	Ecuador - Bolivia	Venezuela
Statu Quo	Bienestar	+	+	-	-
	Producción	+	+	-	-
	Balanza Comercial	-	-	-	-
ALCA	Bienestar	-	+	-	+
	Producción	-	-	-	+
	Balanza Comercial	-	-	-	-
ALCA con Sensibles	Bienestar	-	+	-	+
	Producción	-	-	-	+
	Balanza Comercial	-	-	-	-
ALCA sin ALC	Bienestar	-	+	-	-
	Producción	-	-	-	-
	Balanza Comercial	-	-	-	-
ALC	Bienestar	-	+	-	-
	Producción	-	-	-	-

Elaboración propia en base a los datos del estudio de Argüello.

CUADRO N° 2

Escenario	Variable	Mejor Escenario (de mayor a menor)				
Colombia	Bienestar	Statu Quo	ALC sin ALCA	ALC	ALCA	ALCA con sensibles
	PIB	Statu Quo	ALC sin ALCA	ALCA con sensibles	ALCA	
	Balanza Comercial	Statu Quo	ALCA con sensibles	ALCA	ALC sin ALCA	
Perú	Bienestar	Statu Quo	ALC sin ALCA	ALC	ALCA	ALCA con sensibles
	PIB	Statu Quo	ALC sin ALCA	ALCA con sensibles	ALCA	
	Balanza Comercial	Statu Quo	ALCA con sensibles	ALC sin ALCA	ALCA	
Venezuela	Bienestar	ALCA	ALCA con sensibles	Statu Quo	ALC sin ALCA	ALC
	PIB	ALCA con sensibles	ALCA	Statu Quo	ALC sin ALCA	
	Balanza Comercial	ALC sin ALCA	Statu Quo	ALCA con sensibles	ALCA	
Ecuador - Bolivia	Bienestar	ALCA con sensibles	ALCA	Statu Quo	ALC sin ALCA	ALC
	PIB	Statu Quo	ALCA con sensibles	ALC sin ALCA	ALC sin ALCA	
	Balanza Comercial	Statu Quo	ALC sin ALCA	ALCA con sensibles	ALCA	

Elaboración propia en base a los datos del estudio de Argüello.

Una síntesis de los resultados indica lo siguiente:

BIENESTAR

- El Statu Quo genera aumento en el bienestar para Colombia y Perú, en tanto que tiene efectos negativos para Ecuador-Bolivia y Venezuela.
- El ALCA induce pérdidas para Colombia y Ecuador-Bolivia. No obstante, para Ecuador-Bolivia los escenarios ALCA generan un mejor resultado que el Statu Quo.
- Perú tiene una disminución en su nivel de bienestar, al pasar del Statu Quo a los escenarios ALCA. La exclusión de los productos agropecuarios sensibles, prácticamente no tiene efecto.
- Para Venezuela, el ALCA permitiría un aumento importante en el bienestar (aunque las magnitudes respecto del PIB son pequeñas, 0.5%), siendo más favorable el escenario donde no se excluyen sensibles.
- Ecuador-Bolivia es la única región que obtiene mejoras en el nivel de bienestar bajo el escenario de protección de productos agrícolas sensibles.

PRODUCCIÓN

- En el Statu Quo, Colombia y Perú registran aumentos en el valor del PIB, en tanto que Venezuela y Ecuador-Bolivia registran disminuciones. En los escenarios ALCA, el único país que registra crecimientos es Venezuela. Finalmente, bajo el escenario del ALC, todos los países presentan disminuciones en el valor de su PIB.

BALANZA COMERCIAL E INVERSIÓN

- Todos los países andinos registran movimientos negativos en su balanza comercial, bajo cualquiera de los escenarios considerados. Esto se explica no sólo por los cambios que se generan en los volúmenes negociados, sino además, por el deterioro de los términos de intercambio.
- Debido a lo anterior, el restablecer el equilibrio en la balanza de pagos requiere aumentos en la inversión. Los aumentos sólo pueden provenir de incrementos en el ahorro o de los flujos de capital. Un examen casual del comportamiento del ahorro en estas economías indica que, bajo todos los escenarios, las economías de Colombia, Perú y Ecuador-Bolivia requieren inversión desde el extranjero en la cantidad necesaria para suplir el déficit en la balanza comercial.

1. IMPACTO DEL TLC CON EEUU

Los impactos señalados anteriormente no corresponden únicamente a la implementación del ALC con los EEUU. Incluyen los efectos combinados de la implementación de los acuerdos de liberalización del comercio firmados a la fecha por los países del Hemisferio (el escenario de Statu Quo), más los efectos derivados de una eventual liberalización del comercio entre un grupo de países andinos y EEUU. El autor señala que el impacto aislado del ALC se obtiene de la comparación entre el escenario de Statu Quo y el escenario ALC sin ALCA.

El autor no presenta, en este caso, el set de resultados que acabamos de comentar en la sección anterior, sólo los que se pueden apreciar en la parte inferior del Cuadro N° 1. Los datos presentados por el autor son negativos para todos los países en bienestar, como en producción. La excepción es Perú, que tiene un comportamiento positivo en la primera variable (aunque los valores en todos los casos son pequeños). Por ejemplo, en el caso del bienestar, las ganancias para Perú son de US\$ 17 millones. Las pérdidas para Colombia (US\$ -75 millones), Venezuela (US\$ -70 millones) y Ecuador-Bolivia (US\$ -142 millones).

En términos del comportamiento del Producto Interno Bruto (PIB), todas las economías presentan disminuciones. La más alta se encuentra en el caso de Ecuador-Bolivia (-0.023%) y las más bajas en los casos de Colombia y Perú (-0.008%).

La inversión aumenta en todos los casos en proporciones que oscilan entre 0.41% del PIB (Venezuela) y 0.25% (Colombia). Se asume que el aumento en la inversión se hace posible -en parte- porque el precio de los bienes de capital disminuye con la eliminación de los aranceles.

El autor hace un análisis desagregado de los cambios en las exportaciones y la producción. Se encuentra una alta coincidencia entre los sectores que expanden su producción, y aquellos que aumentan el valor de sus exportaciones. La coincidencia es baja en el caso de Ecuador-Bolivia (el sector confecciones es la excepción).

Sectores que más incrementan en producción y exportaciones	
Colombia	Confecciones, Textiles, Azúcar y Cuero
Perú	Confecciones, Textiles, Azúcar y Metales MPM
Venezuela	Metales MPM, Químicos y otros y Maquinaria y Electricidad
Ecuador-Bolivia	Confecciones

La otra tendencia es que en general en todos los países hay una relativamente alta coincidencia entre los sectores que más pierden producción, y aquellos en los que el valor de las importaciones se incrementa.

Los últimos 2 hallazgos son bastante razonables, pero algo que llama la atención es que los incrementos en exportaciones y producción no tenían un correlato de incremento de bienestar en los países.

2. EL SECTOR AGROPECUARIO

La mayoría de sectores experimentan disminuciones en sus niveles de producción. Esto indica que tanto la competencia con los bienes importados, como los cambios en los precios relativos señalan una falta de ventaja comparativa en estas áreas. El sector agropecuario colombiano es el más golpeado, y sólo dos sectores experimentan incrementos en la producción. Le siguen Perú, Venezuela y Ecuador-Bolivia. Aun en el caso de Ecuador-Bolivia, 9 sectores reducen su producción, uno no registra cambios y los restantes 8 crecen. Esto se puede apreciar en el cuadro siguiente.

CUADRO N° 3

Cambios en el Nivel de Producción Física para el Sector Agropecuario*

Colombia		Perú		Venezuela		Ecuador - Bolivia	
Azúcar	101.8 5.3	Otros Alimentos	55.1 1.1	Cuero	10.6 0.8	Otros Alimentos	37.4 1.2
Cuero	34.4 3.2	Azúcar	53.3 4.1	Bebidas y Tabaco	10.5 0.3	Vegetales y Frutas	36.4 2.0
Arroz Procesa	-0.9 -0.1	Ganado	10.3 0.7	Otros Alimentos	7.6 0.1	Relacionados	34.6 2.4
Pesca	-2.3 -0.4	Pesca	1.1 0.1	Semillas Olea	1.3 0.7	Azúcar	17.4 3.0
Trigo	-3.2 -9.1	Arroz Paddy	0.9 0.3	Pesca	0.4 0.1	Semillas Olea	5.9 5.2
Semillas Olea	-3.5 -1.0	Semillas Olea	-0.1 -0.1	Trigo	0.1 0.1	Fibras Vegetales	5.2 4.5
Arroz Paddy	-3.6 -0.6	Fibras Vegetales	-0.8 -0.6	Fibras Vegetales	0 0.0	Pesca	3.6 0.6
Fibras vegetales	-6.3 -4.3	Lácteos	-1.8 -0.2	Arroz Procesa	-0.2 -1.9	Gando	2.6 0.4
Vegetales y Frutas	13.9 -0.3	Vegetales y Frutas	-6.5 -0.4	Otros Cultivos	-0.2 0.0	Arroz Paddy	0 0.0
Relacionados	-26.1 -1.7	Trigo	-8.8 -2.4	Arroz Paddy	-1.3 -1.8	Lácteos	-2 -0.5
Lácteos	-29.7 -0.8	Cuero	-8.8 -1.1	Ganado	-1.4 -0.0	Arroz Procesa	-3.3 -1.5
Ganado	-34.1 0.8	Otros Cultivos	-9.6 -0.3	Azúcar	-1.7 -0.3	Aceites Vegetales	-3.9 -0.7
Bebidas y Tabaco	40.2 -1.1	Bebidas y Tabaco	-10.2 -0.4	Lácteos	-3.3 -0.1	Cuero	-7.2 -2.0
Cereales	-42.9 -11.8	Cereales	-10.8 -2.6	Cereales	-5.2 -0.6	Bebidas y Tabaco	-8.7 -0.2
Otros Cultivos	-45.2 -1.2	Relacionados	-12.9 -0.4	Vegetales y Frutas	-6.3 -0.3	Trigo	-9.3 -5.3
Aceites Vegetales	-49 -4.7	Arroz Procesa	-13 -3.4	Carnes	-9.6 -0.6	Cereales	-13.1 -6.1
Carnes	-61.1 -1.1	Carnes	-14.8 -0.7	Aceites Vegetales	-10.3 -0.8	Otros Cultivos	-14.6 -1.0
Otros Alimentos	-85.1 -1.4	Aceites Vegetales	-30 -3.9	Relacionados	-11.6 -0.9	Carnes	-16.5 -2.0

* Las cifras en la línea superior se refieren a los cambios absolutos en el nivel de producción y las de la línea inferior a su nivel relativo.

El autor plantea tres alternativas de desgravación, para evaluar efectos diferenciales en agricultura: ALC con sensibles, ALC con desgravación parcial y ALC con Franjas. Luego de analizar los efectos sobre el bienestar y la producción, el consultor concluye que en síntesis, sólo unos pocos sectores, principalmente trigo, cereales y azúcar, presentan variaciones de consideración en sus niveles de producción a través de las diferentes alternativas de desgravación. Por tanto, los beneficios derivados de mantener un cierto nivel de protección a estos sectores son pequeños.

Respecto a la remuneración a los factores productivos, los únicos agentes que se beneficiarían con el logro de un cierto nivel de protección a los sectores agropecuarios sensibles son los propietarios de la tierra. Todos los factores productivos restantes experimentan disminuciones en sus remuneraciones o, en el mejor de los casos, permanecen indiferentes.

3. CAMBIOS EN EL COMERCIO INTRACOMUNITARIO

Se presentan a continuación, los principales resultados por país:

EXPORTACIONES HACIA COLOMBIA

Las exportaciones de Perú presentan crecimientos en todos los sectores. Sobresalen: otros alimentos; textiles; metales, minerales preciosos y productos metálicos; otras manufacturas; y productos químicos y otros.

Las exportaciones de Venezuela registran disminuciones en su valor. Una situación análoga se presenta en el caso de Ecuador-Bolivia, donde el único sector que presenta un efecto positivo es el arroz procesado.

EXPORTACIONES HACIA PERÚ

Las exportaciones hechas desde los otros países andinos presentan aumentos sin ninguna excepción. Los sectores con los mayores aumentos son: químicos y otros, fuentes de energía, y confecciones, en el caso de Colombia. Metales, minerales preciosos y productos metálicos, químicos y otros, y derivados de fuentes de energía, en el caso de Venezuela. Fuentes de energía, aceites vegetales, y químicos y otros, en el caso de Ecuador-Bolivia.

EXPORTACIONES HACIA VENEZUELA

Las exportaciones colombianas presentan disminuciones para casi la totalidad de sectores, siendo la excepción el sector confecciones. Para el autor, ello se debe a los efectos de la eliminación de aranceles entre Venezuela y Brasil en el marco del acuerdo CAN-MERCOSUR. En el caso de las exportaciones peruanas, la situación es la contraria. A excepción del sector vehículos y equipos de transporte, el valor de las exportaciones aumenta, encontrándose los mayores incrementos en los sectores de metales, minerales preciosos y productos metálicos; textiles; y otros alimentos. Respecto al valor de las exportaciones de Ecuador-Bolivia, la mayor parte de los sectores presentan disminuciones. Los mayores descensos se registran en los sectores de vehículos y equipos de transporte; otros alimentos; y productos relacionados con la agricultura.

EXPORTACIONES HACIA ECUADOR-BOLIVIA

Las exportaciones desde Colombia y Venezuela caen. La excepción se da en el caso de las exportaciones colombianas de confecciones. Este es un efecto directo del ALC con EEUU, y de la eliminación de aranceles al comercio bilateral con Perú. Por su parte, las exportaciones desde Perú muestran incrementos, siendo los mayores los correspondientes a los sectores otros alimentos; metales, minerales preciosos y productos metálicos; y químicos y otros.

4. GANADORES Y PERDEDORES

Finalmente, el autor clasifica, para cada país, los sectores en ganadores y perdedores (según el criterio de bienestar). Hemos ordenado su balance en el cuadro siguiente:

CUADRO N° 4

	Ganadores	Perdedores
Colombia	Fuentes de energía	Confecciones
	Carnes	Maquinaria y equipo
	Otras manufacturas	Otros cultivos
	Derivados de las fuentes de energía	Vehículos automotores y equipo de transporte
	Aceites vegetales y grasas.	Vegetales y frutas.
Perú	Maquinaria y equipo	Confecciones
	Arroz procesado	Productos químicos y otros
	Azúcar	Otros alimentos
	Derivados de las fuentes de energía	Metales, minerales preciosos y productos metálicos
	Productos relacionados con la agricultura.	Textiles.
Venezuela	Pesca	Aceites vegetales y grasas
	Arroz procesado.	Productos químicos y otros.
	Derivados de las fuentes de energía	Maquinaria y equipos
	Fuentes de energía	Vehículos automotores y equipo de transporte
	Bebidas y Productos de tabaco	Metales, minerales preciosos y productos metálicos
Ecuador-Bolivia	Fuentes de energía	Otros alimentos
	Pesca	Productos químicos y otros
	Confecciones.	Vegetales y frutas.
	Carnes	Metales, minerales preciosos y productos metálicos
	Azúcar	Vehículos automotores y equipo de transporte

5. BALANCE

En la discusión se hicieron comentarios críticos sobre el modelo y la base de datos utilizados, debates que son usuales en la utilización de modelos de Equilibrio General Computable. El hecho de no incorporar los aranceles efectivos derivados de los acuerdos preferenciales de cada uno de los países andinos en los diversos escenarios, el uso de un modelo de competencia perfecta sin inclusión de rigideces en algunos mercados, o economías de escala, los valores de las elasticidades de comercio, la desagregación sectorial, y los supuestos asumidos, fueron algunos de los temas debatidos.

También, el rol protagónico que se le asignaba a los términos de intercambio en la interpretación de los resultados (reducían el bienestar de las economías andinas, con excepción de Venezuela). Pequeñas elasticidades generan grandes cambios en los términos de intercambio y reducen la probabilidad de desviación de comercio, por lo que se consideraba clave una adecuada especificación de sus valores y la construcción de intervalos de confianza.

Aquí se señaló, por ejemplo, que el BID está completando una base de datos integral, que será puesta a disposición de los gobiernos y sectores interesados de los países. De forma tal que la discusión pueda concentrarse en los supuestos y en la calidad del modelo, las hipótesis y la interpretación de los resultados.

También se dieron intervenciones sobre la interpretación de los resultados por cada escenario. En la medida que no se trataban de efectos netos estrictamente, sino una mezcla de completar los acuerdos vigentes, el ALCA, o el TLC en actual negociación (cabe resaltar que en una última versión, el autor especifica el escenario del TLC, con los resultados que hemos reseñado anteriormente).

El debate también se concentró en la interpretación de los resultados. Los autores señalaron que los resultados eran esperables y «lógicos», asumiendo que las ganancias anteriormente derivadas de la desviación de comercio, se deterioran con la mayor liberalización comercial. Y, que era necesario mejorar la eficiencia para contrarrestar este deterioro, y el movimiento negativo de los términos de intercambio.

Si bien los autores señalaron que el nivel de agregación sectorial dificulta el señalamiento de conclusiones categóricas, lo que se cuestionó fue el resultado de que los sectores ganadores en términos de comercio y producción, no necesariamente son los generadores de ganancias en bienestar. Cómo interpretar conceptualmente estos resultados, es algo que quedó abierto en el debate.

II. SERVICIOS

Aquí se han realizado dos estudios: uno que utiliza un modelo de Equilibrio General Computable (Miles Light), y el otro es más bien un análisis cualitativo, en base a diversos indicadores (La Torre).

1. ESTUDIO CUANTITATIVO

El modelo empleado por Light es diferente del que utilizó en un estudio previo para la CAN. Primero, no se utiliza un modelo multiregional, sino uno SOE basado en datos nacionales de 1997. Segundo, se incluyen retornos crecientes a escala, basado en el marco de diversificación de productos de Dixit-Stiglitz.

El modelo cuenta con 22 sectores, los cuales se clasifican en tres categorías:

1. Sectores de bienes o servicios que se producen bajo retornos constantes a escala y competencia perfecta (Servicios de recreación, Servicios públicos –salud, educación- y Servicios básicos).
2. Sectores de bienes producidos bajo retornos crecientes a escala y competencia imperfecta.
3. Sectores de servicios que son producidos bajo retornos a escala crecientes y competencia imperfecta (Transporte aéreo, Transporte marítimo, Otros transportes, Comunicaciones, Servicios financieros, Otros servicios relacionados a negocios). Para estos servicios operan dos tipos de firmas: domésticas y multinacionales. Las firmas multinacionales deben establecer presencia comercial para competir en cada mercado andino. Asimismo, deben importar parte de su tecnología o «experiencia de manejo». Estos servicios se caracterizan por la diferenciación de productos a nivel de firma. Las restricciones a la IED, tiene impactos directos en las multinacionales proveedoras de servicios en el mercado.

Se consideran 5 escenarios:

- Full: Concesión completa en bienes, servicios, e IED con IRTS.
- Half: Reducción de las barreras al comercio de bienes en 50%, y 50% de reducción en las barreras no arancelarias a la competencia de servicios.
- CRTS: Completa concesión comercial para bienes, pero se asume que todos los sectores tienen CRTS.

- TM: Eliminación arancelaria en presencia de tecnología de producción IRTS. Este escenario complementa el escenario FDI. Este escenario mas el escenario FDI, tomados simultáneamente, representan el escenario FULL.
- FDI: Las barreras a la IED son removidas mientras que los aranceles se mantienen.

El rol de la liberalización de servicios y de los retornos crecientes a escala son importantes, porque los servicios son ampliamente utilizados como un bien intermedio en la producción. Las ganancias potenciales de la liberalización de servicios son significativas, por dos razones: 1) los costos de producción bajan debido a los efectos de eficiencia y pro-competitividad. Este ahorro en costos se traslada directamente a menores precios para el consumidor, y ello no requiere de menores precios en los inputs para reducir sus costos (como en el caso de tecnologías de CRTS). 2) las distorsiones existentes entre bienes y servicios son removidas, lo cual incrementa la eficiencia en todo el sistema económico.

A continuación se presentan los resultados de las estimaciones del autor.

CUADRO N° 5

	FULL	HALF	CRTS	T M	FDI
Perú					
EV (%)	9.5	3.1	0.4	1.7	4.6
SRV %	33.5	33.5	33.5	33.5	33.5
R-PFX	6.5	4.3	6.4	7.2	1.6
Colombia					
EV (%)	4.2	2.1	0.1	0.9	3.4
SRV %	26.4	26.4	26.4	26.4	26.4
R-PFX	3.5	2.1	4.4	4.6	-0.4
Venezuela					
EV (%)	4.1	2.0	0.5	1.1	3.0
SRV %	34.7	34.7	34.7	34.7	34.7
R-PFX	6.7	3.1	4.4	5.3	1.2
Ecuador					
EV (%)	11.7	4.5	0.4	1.4	7.7
SRV %	32.8	32.8	32.8	32.8	32.8
R-PFX	N/A				
Bolivia					
EV (%)	14.3	5.7	0.3	1.2	10.6
SRV %	30.5	30.5	30.5	30.5	30.5
R-PFX	10.7	5.2	5.8	6.6	4.6

Key:

EV (%): Percentage change in welfare, measured as a percentage of national income.
 SRV(%): Total share of service-oriented sectors in the economy.
 R-PFX: Real exchange rate, measured as the purchase price of international currency.

El bienestar se incrementa entre 4.1% (Venezuela) y 14% (Bolivia), en el escenario FULL. También se nota que las ganancias de bienestar del escenario FULL son más del doble de las obtenidas en el escenario HALF. Las ganancias en productividad tienen un efecto «cascada».

Para el autor, las ganancias son mayores en Bolivia y Ecuador, porque las barreras a la entrada de firmas en dichos países son más elevadas. En Bolivia las altas barreras estimadas a la entrada de firmas pueden estar reflejando lo pequeño del mercado, en vez de severos controles a la entrada de firmas. Si el mercado es muy pequeño, las firmas potenciales pueden decidir que los costos fijos requeridos para empezar un nuevo negocio son demasiado elevados. Si este fuera el caso de Bolivia, la liberalización de mercados sería menos beneficiosa de lo que se indicaba aquí.

Como se muestra en el cuadro siguiente, la mayor parte de las ganancias de la liberalización provienen del incremento en productividad, lo cual a su vez depende de la diversificación de productos.

Primero, es obvio que la mayor parte de las variedades adicionales provienen de variedades foráneas. En algunos casos el porcentaje de variación llega a ser 5 veces mayor que en el caso de las firmas domésticas. Al principio esto puede parecer alarmante, pero hay que tener en cuenta que se trata de un cambio porcentual, y que el nivel de participación extranjera inicial es pequeño.

Cuadro N° 6

		FULL	CRTS	T M	FDI	HALF
Domestic Varieties						
OTP	Other transportation	35	3	8	-2	2
WTP	Water transport	134	10	24	24	23
ATP	Air transport	129	10	33	36	34
OBS	Other businee services	-9	1	2	-17	-6
ROS	Recreation services	0	1	3	-7	-2
FIN	Financial services	1	0	2	-7	-2
MAN	Manufacturing	0	0	-0	2	0
EQP	Electronic equipment and manufacturing	-16	-3	-8	-1	-4
COM	Communications	-4	0	2	-10	-3
Foreign Varieties						
OTP	Other transportation	299	5	13	149	71
WTP	Water transport	516	11	27	215	104
ATP	Air transport	548	11	40	267	132
OBS	Other businee services	217	2	5	167	76
ROS	Recreation services	126	2	5	95	46
FIN	Financial services	143	1	5	105	49
MAN	Manufacturing	54	9	14	7	10
EQP	Electronic equipment and manufacturing	55	12	23	10	15
COM	Communications	125	1	4	98	46

A value of 100 indicates a 100% increase (doublig) in firm varieties. A value of -20 indicates a 20% decrease in varieties.

Por otro lado, habrán firmas domésticas que pierden su participación en el mercado. Esto se esperaba, dado que las multinacionales son por lo general altamente productivas y están acostumbradas a enfrentar competencia a nivel global.

El autor concluye que para Perú, Bolivia, Colombia y Ecuador, la mayor parte de las ganancias tradicionales del comercio han sido ya utilizadas, quedando grandes ganancias derivadas del comercio de servicios y de la liberalización de mercados y la estandarización. Estos países habrían disfrutado del incremento del 1% en bienestar, al tomarse las ventajas de las preferencias ATPA. Un acuerdo bilateral, además de mantener el ATPA y reducir los aranceles andinos, conducirá a ganancias de bienestar en el rango de 0.7% - 1%.

El componente más importante del acuerdo bilateral tiene que ver con el sector servicios y la IED. El autor encuentra que las ganancias de la eliminación de barreras a la entrada de firmas y a la IED, incrementarían el PIB en 3.2% en el mediano plazo, y en 5.8% en el largo plazo. Esas ganancias provienen principalmente de la mejora en la productividad de factores y menores costos de producción.

Finalmente, el autor resalta que existen varios impedimentos potenciales a la entrada de IED que no han sido incluidos en el modelo, como es el caso de la violencia en Colombia, o el malestar civil en Bolivia.

2. ESTUDIO CUALITATIVO

El autor construye cuatro módulos de Análisis complementarios. Los tres primeros (Estimación de las barreras al comercio de servicios, Análisis de competitividad potencial, y Análisis de integración sectorial), permiten la obtención de indicadores de vulnerabilidad sectorial. Con ello, es posible definir la capacidad de competencia que tienen los prestadores de servicios andinos frente a posibles competidores extranjeros, en un proceso de liberalización comercial.

El cuarto módulo constituye el Análisis cualitativo del mercado en los EEUU que, integrado a determinados resultados parciales de los demás módulos, identifica las posibilidades reales de exportación de los servicios a dicho mercado.

Para el Módulo 1 se construye un índice TRI (Trade Restrictiveness Index) sobre la base de análisis econométricos que permitan cuantificar la sensibilidad de la producción local de servicios en diversos países, a la inversión extranjera directa. Estas aproximaciones se basan en que la importación de servicios se realiza mediante la forma de presencia comercial. Esto implica que las restricciones a dichas importaciones están dadas por la legislación y normativas locales que imponen requerimientos adicionales a las empresas extranjeras, frente a las nacionales. Estos requerimientos resultan en mayores costos e inversión para los proveedores extranjeros, incidiendo en sus precios. Entonces, la valoración del incremento en estos precios viene a ser el «arancel ad-valórem».

Este arancel se calcula para cada país de la CAN a partir de la ejecución econométrica del modelo para series de tiempo (observaciones trimestrales de los últimos 10 años), ello implica suponer que las barreras en servicios se han mantenido constantes.

En el Módulo 2 el concepto de «competitividad potencial» apunta a identificar la posición de competencia de los subsectores de servicios frente a sus similares extranjeros. Este análisis se desarrolla sobre la base de la relación entre especialización y eficiencia en la producción de exportables en el marco de la Teoría de las Ventajas Comparativas.

La noción de «integración sectorial» (Módulo 3) se enfoca en la identificación de las cadenas productivas o «de valor» en el sistema económico. De esta forma es posible definir los vínculos que tiene cada subsector prestador de servicios, en términos de los insumos que requiere de los otros sectores de la economía y de los productos del sector que los demás a su vez insumen.

El Módulo 4 permite un análisis de exportación potencial para la identificación de los subsectores de servicios que están en capacidad de competir en los mercados extranjeros en el contexto de liberalización comercial. Ello obliga a obtener una imagen detallada de las condiciones de prestación en el mercado estadounidense, y combinar con las características propias de cada subsector en cada país andino.

El autor presenta resultados para cada uno de los tres primeros módulos, a partir de los cuales define indicadores de vulnerabilidad sectorial, donde resaltan las coincidencias entre los países. Para cuatro de ellos, con excepción de Colombia, los *servicios prestados a las empresas* resultan vulnerables. Esto quiere decir que a la vez presentan una alta protección, baja competitividad potencial y alta intensidad en los encadenamientos. La excepción colombiana se debe a que la competitividad potencial de estos servicios es adecuada y relativamente más elevada.

Los *servicios financieros* también presentan vulnerabilidad para tres países: Venezuela, Colombia y Bolivia.

Ecuador y Perú quedan fuera en este subsector principalmente por encontrarse en una situación de mayor apertura relativa, y en el primer caso porque las características de su mercado, alta concentración y sin atractivos para el ingreso de entidades extranjeras, se posiciona adecuadamente en términos de su relación entre eficiencia y especialización.

Una coincidencia generalizada se da en *transporte*. Esto se debe a las características de sus costos de producción flexibles hacia el alza mientras que las tarifas son inflexibles y muchas veces condicionadas políticamente.

Este análisis discrimina entre un entorno de apertura en el marco de la CAN y uno de apertura con terceros países. Las vulnerabilidades se repiten en ambos entornos salvo los casos: boliviano en *servicios prestados a las empresas*, colombiano en *servicios financieros* y *servicios de turismo y relacionados con los viajes*, ecuatoriano en *servicios prestados a las empresas*. En todas ellas, la vulnerabilidad se produce sólo frente a terceros países.

En suma, para el autor:

1. Los países de la CAN presentan mayor vulnerabilidad en los servicios de transporte, servicios de comunicaciones, servicios financieros y servicios prestados a las empresas.
2. La vulnerabilidad en los servicios a las empresas se fundamenta en los servicios profesionales.
3. El subsector de transportes presenta alta sensibilidad en el transporte por carretera de carga y pasajeros.
4. En comunicaciones, la vulnerabilidad está dada por los servicios de telecomunicaciones que pueden prestarse bajo la modalidad transfronteriza. Esto se debe fundamentalmente a que este tipo de prestaciones son más competitivas por cuanto no requieren cumplir con las legislaciones locales y, principalmente, no están sujetas a la realización de pagos por licencias de operación, acceso a frecuencias o canales de comunicación e impuestos que si afectan a los prestadores locales.
5. En servicios financieros, Colombia, Bolivia y Venezuela presentan niveles de vulnerabilidad que deben tenerse en cuenta. Es preciso pre-cautelarse este aspecto porque los riesgos de una entrada de prestadores extranjeros afectaría principalmente los flujos de recursos en la intermediación que, dependiendo de elementos como el riesgo país, depreciaciones o apreciaciones monetarias, etc. puede resultar en drenajes de capitales desde las economías de la CAN hacia el exterior.

De otro lado, el autor analiza la exportación potencial de servicios de los países andinos (Módulo 4). Según el autor, tomando en cuenta los índices de eficiencia en costos productivos, tanto Bolivia como Ecuador están en capacidad de ofrecer eficientemente *servicios de enseñanza*, mientras que Colombia *servicios prestados a las empresas*, y Perú y Venezuela *servicios de esparcimiento, culturales y deportivos*. Las explicaciones que señala el autor son las siguientes:

Los servicios de enseñanza están presentando una evolución favorable, particularmente en el Ecuador donde más de una universidad está ofreciendo programas a distancia. La aceptación de estos servicios por las características del sistema y la diversidad en la oferta ha generado interés en ciudadanos extranjeros.

El caso colombiano es explicable por la presencia de un número importante de profesionales que se encuentran desarrollando sus actividades en el exterior. Frente a estos servicios, surgen limitaciones como las legislaciones referentes a los colegios profesionales y los requisitos para el ejercicio profesional, las que pueden afectar las posibilidades de expansión que tienen para Colombia estos servicios como rubro de exportación.

El caso venezolano es consistente con su realidad. Los servicios de esparcimiento, culturales y deportivos incluyen a los espectáculos y shows artísticos. Es bien conocida la fama de los artistas venezolanos, que son ampliamente reconocidos en el mundo, y es precisamente ese espacio donde tienen ventajas potenciales de la liberalización comercial.

Como se indicó, el acceso a EEUU por parte de los prestadores andinos enfrenta barreras legales. Desde un enfoque teórico, la liberalización de servicios implica el levantamiento de regulaciones y normativas que constituyan barreras. Desde la perspectiva estadounidense, sus compromisos en la liberalización se limitan a no imponer nuevos elementos regulatorios que afecten al comercio de servicios. Ello implica que las restricciones existentes se mantienen.

Asimismo, el tema financiero tiene complicaciones, por cuanto la liberalización es insuficiente hasta que se determine el mecanismo para el tratamiento de la normativa prudencial. En el formato de los TLC, el tema de la supervisión bancaria se maneja como un subcapítulo en el que se especifica que las partes pueden establecer:

- I) Acuerdos de reconocimiento mutuo.
- II) Armonización de normas prudenciales.
- III) Cualquier otro mecanismo que consideren las partes.

Al dejarse abiertas estas posibilidades, la normativa prudencial puede resultar en una barrera infranqueable, generando incluso situaciones de comercio en una vía donde se favorece a la economía con estándares más estrictos.

En suma, para los países andinos, los subsectores con mayores posibilidades de beneficiarse son los servicios de enseñanza, de esparcimiento, culturales y deportivos, y en el caso colombiano, servicios prestados a las empresas. Para el autor, la importancia de sus resultados no radica en las magnitudes sino en su interpretación, fundamentalmente como alertas respecto a cómo se debe negociar.

Un elemento a tener en cuenta es la dificultad adicional que representa el ordenamiento político de EEUU donde existe una legislación federal y 51 legislaciones estatales. Con ello, *la liberalización de servicios no implica la subordinación automática de todos los estados a los lineamientos de la apertura.*

3. BALANCE

La discusión sobre los trabajos de servicios se hizo de manera conjunta. Además, como fue señalado anteriormente el modelo de Light utiliza el arancel equivalente calculado en el trabajo de De la Torre (siendo este indicador uno de los cuestionados en el debate).

Se resaltó los aportes del modelo de equilibrio general, en la medida que levantaba tres supuestos importantes: la no movilidad de capitales (considerando el efecto de la inversión directa extranjera), la inclusión de rendimientos crecientes a escala, y de diferenciación de productos. Los efectos sobre la productividad están generados precisamente por estas tres variables.

Se preguntó cómo se incluían las características idiosincráticas de la CAN, mostrándose preocupación sobre la sensibilidad de este tipo de modelos al valor de los parámetros, lo que llevaba a la necesidad de cálculos propios, y no tomar a priori parámetros de otros países.

Se enfatizó que este tipo de modelos de equilibrio general son muy importantes, pero hay que complementarlos con una caracterización más sofisticada de los sectores, ya que sin estos ajustes refleja una realidad que no es la nuestra. Se debería relajar el supuesto de consumidor representativo, para poder incluir así los efectos distributivos que el comercio tiene sobre un sector. En adelante, se deberían tomar más en consideración los efectos sociales.

Otro cuestionamiento central estuvo referido al cálculo del arancel equivalente, dado que las barreras en servicios son regulatorias. La metodología de cálculo utilizada en el trabajo, se concentra en el efecto trato nacional que es un problema mínimo en la CAN. El problema que persiste es el acceso a mercados, barreras que el modelo no está cuantificando. El supuesto del modelo hace referencia más bien a la realidad asiática, donde el problema central sí era el trato nacional, lo que no ocurre en el caso de los países andinos.

También se hizo mención a los supuestos sobre balanza comercial, donde exportaciones e importaciones se igualan considerando el supuesto de pleno empleo. De forma tal que el crecimiento de las exportaciones o importaciones puede ser muy grande, pero principalmente por los supuestos asumidos. En esta medida, se consideraba mejor prestar atención a la dirección y signo de los movimientos, más que al valor específico de los mismos.

Respecto al modelo cualitativo, se resaltó el tema de que las barreras más importantes son las de acceso a mercados. Dada la dificultad en conseguir estas barreras, se toma como proxy las de la OMC, lo cual se consideró un error dado que son consolidaciones muy inferiores a las que tenemos ahora. El verdadero arancel equivalente es el de la CAN, no el que se toma de la OMC.

También, se cuestionó un sesgo en la estimación de las barreras al utilizar una función Cobb-Douglas, ya que se asume que no hay cambios regulatorios, cuando en realidad son muy importantes, sobre todo para Colombia y Perú. Se sugirió el uso de un modelo no paramétrico, con la inclusión de variables dummy para los períodos en que hubo reformas.

De otro lado, se hizo referencia al problema de las variables omitidas. Todo el efecto se le asigna a las barreras a la inversión, cuando diversos estudios muestran que la estabilidad institucional puede ser uno de los factores más importantes. Asimismo, se hizo referencia a que los datos de servicios son poco confiables, muchas veces obtenidos de manera indirecta, por lo que no se puede medir bien la productividad, lo que puede llevar a errores en la estimación de la eficiencia. El problema es que tampoco se contrastan las estimaciones del trabajo con la estructura de mercado y/o firmas proveedoras de servicios.

Esto ocurre por ejemplo en el caso de servicios profesionales, que tiene altos costos de transacción por la globalización, lo que lleva a un incremento de la subcontratación fuera de la firma, lo que reduce los costos de transacción y propicia el desarrollo de servicios profesionales locales (caso de la India y Bangladesh, por ejemplo).

En el trabajo de De la Torre, servicios profesionales son considerados un sector vulnerable, con la metodología utilizada. En cambio, para quienes comentaron el trabajo - basándose en argumentos como los que acabamos de reseñar - consideraban, por el contrario, que el sector servicios profesionales es un sector ofensivo en las negociaciones para los países andinos.

Otros cuestionamientos se referían a cómo podía condensarse en los diagramas resumen de vulnerabilidad presentados (en base a los tres primeros indicadores considerados en el trabajo), los cuatro modos de servicios y los diferentes tratados y normativa. Además, que muchos de los comentarios y variables se referían a la privatización, cuando lo que estaba en la negociación era fundamentalmente la apertura, cuyos impactos debían privilegiarse en las estimaciones.

III. PROPIEDAD INTELECTUAL

En este trabajo, la autora busca analizar el impacto legal y económico en los países andinos de las áreas más sensibles en PI, que han sido incluidos en los recientes TLCs suscritos por EEUU con Chile y Centroamérica. El estudio privilegia aspectos legales-institucionales, con algunas referencias económicas al comienzo y en algunas secciones.

Se plantea que la importancia de América Latina en el mercado internacional de PI es reducida. En el 2002, representó sólo el 4% de las ventas de medicamentos y Perú el 0.05% (IMS). Se citan estudios (Maskus), donde se afirma que la protección de los DPI incentiva el comercio internacional.

La protección de los DPI genera beneficios en el largo plazo derivados de la mayor inversión en I+D, y costos sociales en el corto plazo.

No puede esperarse que la mayor protección de los DPI atraiga más IED a los países en desarrollo, en tanto no se creen las condiciones mínimas en infraestructura, instituciones, capital, educación, etc.

Los países desarrollados son los que más protegen los DPI. Un mayor ingreso de la población lleva a una mayor protección de los DPI, sin embargo no necesariamente la causalidad se da a la inversa. La historia del crecimiento económico de los países desarrollados muestra que ninguno otorgó una fuerte protección a los DPI en etapas tempranas de su desarrollo (CIPR. «Integrando lo DPI y las políticas de desarrollo» 2002. <http://www.iprcommission.org>). Según la experiencia de los países, los beneficios de los DPI son superiores a los costos cuando se ha alcanzado un alto nivel de desarrollo.

Luego, se analizan algunos temas claves en la negociación de propiedad intelectual, haciendo comparaciones con lo planteado en ALCA y otros TLCs, particularmente EEUU – Chile.

1. PATENTABILIDAD DE LA MATERIA VIVA

Las patentes a plantas pueden aplicarse a una variedad de materiales y procedimientos biológicos. El patentamiento de genes amplía el ámbito de la protección a todas las plantas que incluyan una célula con el gen en cuestión, lo cual amenaza la obtención de nuevas variedades. Esto atenta contra el derecho de los agricultores, en cuanto al uso de las semillas.

Los Acuerdos ADPIC excluyen del campo de patentabilidad a las plantas y los animales, aunque se permite patentar microorganismos, procedimientos microbiológicos y no biológicos. El patentamiento de recursos biológicos o de conocimientos tradicionales de la CAN (quinua, ayahuasca y turmeric), crea descontento.

Según la Decisión 486, el patentamiento de microorganismos se refiere sólo a aquellos que han sido genéticamente modificados, ya que se considera como no invención a todo material biológico existente en la naturaleza. Se excluye del campo de la patentabilidad a las plantas y animales, pero no expresamente a las variedades vegetales. La protección de las variedades vegetales rige bajo la Decisión 345 que prevé un sistema de protección sui-generis a favor del agricultor y del fitomejorador.

El patentamiento de plantas y animales viene siendo una constante en los recientes TLCs suscritos por EEUU, mientras que los países andinos quieren que se mantengan las excepciones previstas en los ADPIC. La protección de las plantas podría acabar con los derechos de los pequeños agricultores, al no permitirles libremente el uso de semillas. Las compañías multinacionales, apoyadas por los EEUU, son las defensoras y beneficiarias principales de una mayor protección a la PI.

2. EXTENSIÓN DE LOS PLAZOS DE PROTECCIÓN

El plazo de 20 años de protección es suficiente para que la industria farmacéutica pueda recuperar su inversión (según la Comisión de la PI). Sin embargo, en los recientes TLCs suscritos por EEUU, así como el tercer borrador del ALCA, se prevé la extensión del plazo bajo ciertas circunstancias, lo cual retrasaría la entrada de fármacos genéricos al mercado.

La I+D es un costo fijo que no se refleja en el costo marginal. Por ello, es necesario un sistema de compensación, que se traduce en 20 años de protección a la PI. Las ganancias dependen de la capacidad de la empresa para elevar el precio de venta del producto patentado, lo cual no respeta la norma básica para alcanzar el óptimo social de que los precios reflejen los costos de producción. El costo para desarrollar una molécula es de \$802 millones¹ que se recuperan en los 8 años de duración efectiva de la patente.

Bajo la hipótesis de que las empresas farmacéuticas no tienen utilidades, el costo de extender el plazo sería de \$100 millones anuales por cada droga. El PBI peruano es 1% del mundial, entonces el costo sería de \$1 millón anual por molécula patentada.

3. PATENTES DE SEGUNDO USO

Esta práctica extiende la patente después de su vencimiento. Las patentes sobre el uso terapéutico de una sustancia ya conocida están prohibidas en la mayoría de normativas.

¹ Estudio de Tufts, esta cifra incluye el costo de oportunidad, lo cual ha sido criticado.

La OMC prohíbe la obligación de patentar los segundos usos y, en general, los usos. Según los ADPICs, sólo se patentarán las invenciones, aunque cada país está en libertad de determinar lo que entiende por invención.

Según la Decisión 486, los productos o procedimientos ya patentados no serán objeto de nueva patente, por el hecho de atribuirse un uso distinto al originalmente comprendido por la patente. Sin embargo, debido a los antecedentes de la protección de los usos en la Comunidad Andina, los EEUU plantean en el TLC el patentamiento de nuevos usos.

La patentabilidad de usos de sustancias conocidas puede conducir a patentar sustancias que se encuentran en la naturaleza, encubriendo casos de biopiratería.

4. INFORMACIÓN NO DIVULGADA

Para el registro de productos farmacéuticos y agroquímicos, las autoridades exigen la presentación de datos de prueba. Estos estudios pueden durar de 1 a 7 años. La exclusividad de los datos de prueba impide que el fabricante de genéricos comercialice sus productos por un tiempo (a menos que suministre sus propios datos, lo cual es sumamente costoso).

En armonía con los ADPIC, la Decisión 486 protege contra su uso comercial desleal, la información que deba presentarse a las autoridades para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o agroquímicos que contengan nuevas entidades químicas (NEQs) y se exceptúan los casos donde sea necesario proteger al público. Además, la información presentada no debe haber estado accesible al público y debe implicar un «esfuerzo considerable».

Los Decretos 2085 y 502 de Colombia

La presentación de los estudios de bioequivalencia o biodisponibilidad, no constituyen una excepción al Decreto 2085 del 2002. El productor de genéricos podría iniciar su comercialización después de concluida la protección. ASINFAR (gremio de productores nacionales) sostiene que este Decreto viola las normas plasmadas en la Decisión 486.

El Decreto 502 del 2003 regula el registro y control de plaguicidas de uso agrícola. Establece la protección de los datos de prueba para NEQs de agroquímicos. Según la Decisión 486, la información contenida en los expedientes de los Registros Nacionales de agroquímicos es pública. El gremio de las empresas agroquímicas nacionales menciona que este decreto, al igual que el 2085, viola la Decisión 486.

Las propuestas de EEUU en el TLC son:

- Proteger los datos de prueba de NEQs farmacéuticas por 5 años y de agroquímicos por 10 años.
- Derechos exclusivos sobre la presentación de evidencia sobre seguridad y eficacia presentada por un producto aprobado en otro territorio por 5 a 10 años.
- Derechos de 3 años para nueva información clínica de un producto que contiene una NEQ previamente aprobada en otro producto.
- 10 años para nuevos usos de productos agroquímicos.

Si se adopta la protección de los datos de prueba, los fabricantes de genéricos pueden esperar que venza el plazo de protección o pueden realizar las pruebas (lo cual genera sobrecostos innecesarios). En ambos casos, se retrasa el ingreso de genéricos al mercado, lo cual es más costoso para la sociedad que la investigación que se quiere proteger.

Si la empresa de genéricos decide esperar para entrar, el costo es similar que alargar el plazo de la patente, lo cual para la CAN representa \$1 millón anual por producto, y para el Perú sería del orden de \$70 millones durante los 5 años. Se asume que la empresa sólo realizará las pruebas si el costo es bajo, lo cual es poco probable por lo que el costo social de esta opción es similar al de la anterior, \$70 millones para Perú.

5. ACCESO A LA INFORMACIÓN, CONCESIÓN DE DERECHOS DE PI

La Decisión 486, siguiendo los principios del Tratado sobre Derechos de Patentes de la OMC, estableció las siguientes normas para el procedimiento de registro de los derechos de propiedad industrial: el petitorio y la solicitud. El procedimiento para otorgar una patente de invención dura 4 años aproximadamente. De modelo de utilidad 2 años, de diseños industriales 1 año y en el caso de marcas es de 7 a 9 años. En el Acuerdo sobre los ADPIC no se encuentran normas detalladas del procedimiento.

El derecho de exclusividad puede originar disfunciones. Es necesario someter a los derechos de PI a determinadas limitaciones, que neutralicen los efectos excluyentes de la patente. El agotamiento de un derecho de PI, constituye uno de los límites del derecho de exclusividad.

Pueden distinguirse tres tipos de agotamiento de los derechos. El nacional (primera comercialización de los productos realizada o consentida por el titular en el mercado nacional), el regional (igual que el nacional, pero en el mercado regional) que se impone en aras de la unidad del Mercado Común y del libre comercio intracomunitario, y el internacional que engloba el regional y nacional.

En los Acuerdos sobre ADPIC se establece que en materia de agotamiento de los derechos de PI cada país está en libertad de establecer su propio régimen. La Decisión 486 mantiene el principio de agotamiento internacional para patentes, marcas, diseños industriales y derechos de obtentores vegetales.

Para el titular de la patente, las importaciones paralelas significan un descontrol sobre su red de distribución. Estas importaciones sólo tienen lugar cuando el precio del producto patentado en el país exportador es mucho menor que el precio del correspondiente producto en el país importador, lo cual implica un mayor beneficio social.

6. ACCESO A RECURSOS GENÉTICOS, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Se entiende la valorización de los conocimientos tradicionales sobre el uso de los recursos genéticos, una forma de propiedad intelectual de particular relevancia en el Perú, y sobre la cual existen expectativas muy dispares.

No existe consenso sobre el valor de los conocimientos tradicionales. Estos conocimientos se encuentran concentrados en los países pobres, mientras que en los países ricos se patentan productos desarrollados a partir de ellos.

En el caso de los conocimientos tradicionales, a pesar de presentar la falla correspondiente a todo mercado de información, el régimen de protección a la PI los excluye: Si los conocimientos científicos no reciben protección, por qué deberían recibirla los tradicionales?. Los conocimientos científicos se han desarrollado sin necesidad de protección, han sido subsidiados por el gobierno y empresarios.

El valor económico de los conocimientos tradicionales está estrechamente relacionado con su aporte a la investigación y el desarrollo de nuevos productos. Su valor económico puede ser muy elevado y depende de en cuánto incrementa la probabilidad de éxito de las investigaciones comerciales de especies. Por ejemplo, si se asumen beneficios de \$125 millones y un costo de \$1000, el valor esperado de la actividad (con una probabilidad de éxito de 1/10) sería de \$12,5 millones². Después se consideró más apropiado una probabilidad de 1.2 cien milésimos, ingresos de \$450 millones en caso de éxito y un costo de \$483 por ensayo, lo que eleva el valor de los CT³.

La empresa Shaman Pharmaceuticals realizó un acuerdo con los aguarunas, para aprovechar sus conocimientos tradicionales en la selección de plantas a investigar. Los costos de la empresa fueron iguales a 10% de los costos normales y su eficiencia mejoró en 400%.⁴ Según el Banco Mundial, el valor del mercado de los derivados farmacéuticos de la medicina tradicional se estima en \$43,000 millones anuales y el costo de bioprospección se reduce drásticamente por los conocimientos tradicionales.

Si bien los conocimientos tradicionales pueden ahorrar millones de dólares en investigación, en la práctica no se les da valor económico. El objetivo de un eventual régimen de protección de los Conocimientos Tradicionales, es facilitar convenios entre empresas farmacéuticas y los poseedores de los conocimientos.

El tema de la vinculación del derecho de patentes con las normas de acceso a los recursos genéticos y la protección de los conocimientos tradicionales, es actualmente objeto de discusión en diversos foros internacionales. En el Acuerdo sobre ADPIC no hay disposiciones que impidan exigir el requisito de acreditar el acceso legal a los recursos genéticos o los conocimientos tradicionales para la concesión de una patente desarrollada a partir de dicho recurso o conocimiento.

Para el tema de acceso a los recursos genéticos, rige en los países andinos la Decisión 486. Aquí se incluyó entre los requisitos a presentar para la concesión de una patente la presentación del contrato de acceso. Sin embargo, existen dificultades prácticas para aplicar esta norma.

7. SALUD PÚBLICA

En el 2001 se aprobó la «Declaración de ADPIC y salud pública», con el objeto de facilitar el acceso a medicamentos patentados en casos de emergencia nacional para los países en desarrollo, mediante el uso de licencias obligatorias. Los países desarrollados, por su parte, manifestaron su compromiso de apoyar y combatir epidemias como las del SIDA, TBC y malaria, pero exigiendo respeto a los derechos de PI.

² Simpson y Sedjo. «Valuation of biodiversity for use in new product research in a model of sequential research, Resourcer for the Future. 1996

³ Kumar-Nori. Institute of Economic Growth, 2003

⁴ Crucible (1994)

Los temas que más preocupación causaron, para la solicitud de la «Declaración de ADPIC y salud pública», fueron:

- Preocupación por la elevación de los estándares de protección a la PI que impidieran usar las flexibilidades previstas en el Acuerdo.
- Los países en desarrollo querían poder comprar medicamentos en otros países, si los precios eran menores (en el ADPIC se prevé el agotamiento nacional de los derechos).
- En cuanto a las licencias obligatorias, dejar claro que los países están en libertad de establecer las causales en los cuales procede la aplicación de estas licencias.
- Los países en desarrollo demandan que se permita a un tercero producir y exportar los productos al país que ha otorgado la licencia obligatoria, dada la falta de infraestructura e incapacidad de producción.

En la declaración de Doha sobre ADPIC y salud pública, se deja claro la libertad de los países de hacer uso de las flexibilidades previstas en el ADPIC, de establecer las causales en las cuales procede la concesión de licencias obligatorias, de definir qué se entiende por emergencia nacional y de regular el agotamiento de los derechos.

8. BALANCE

Se resaltó que el estudio es un esfuerzo de síntesis de la legislación existente a nivel internacional y de la problemática que está involucrada en el tema de propiedad intelectual.

Se manifestó una diferencia respecto a la justificación económica de la propiedad intelectual del documento. Ahí se menciona que en un mercado competitivo no hay garantías de que se produzca una mercancía producto de grandes esfuerzos económicos (implicados en proyectos de I+D). Por ello, el mercado debe proveer estos incentivos privados a través de los DPI. Sin embargo, también el Estado tiene una gran responsabilidad en la producción de nuevos conocimientos.

De otro lado, se señaló que más que la búsqueda del conocimiento mediante la patente, lo que se busca es la protección de inversiones. La gráfica que presentó la consultora sobre el comportamiento de la I+D era exponencial. Sin embargo, se señaló que si se compara con el número de nuevas entidades químicas aprobadas (en los años 80 se aprobaban en promedio 135 anuales, actualmente salen escasamente 23 medicamentos al mercado), vemos una ineficiencia en los recursos para la investigación, que son pagados por los DPI. Adicionalmente, se dijo que entre 1975 y 1997 sólo el 1% de los medicamentos nuevos fueron para enfermedades tropicales.

Se manifestó acuerdo con la afirmación del estudio que no necesariamente la existencia de un sistema fuerte de propiedad intelectual hace que fluya la IED porque hay otros determinantes más importantes. Un sistema estable y claro de PI y que sea coherente en su aplicación.

La normativa andina en cuanto a la PI es conforme con lo que la OMC ha acordado (patentes por 20 años, no patentes a segundos usos, protección a los datos de prueba sólo bajo competencia desleal, uso de licencias obligatorias, etc.) y por lo tanto no está sujeta a presiones bilaterales. Sin embargo, se dijo que EEUU estaría actuando según su ley 301 de comercio, según la cual se procurará en las negociaciones ajustar la ley internacional a la ley nacional.

De otro lado, se presentaron alcances desde una perspectiva económica en base a los resultados de un estudio reciente entregado a la OPS, sobre cual sería el impacto de los diferentes temas de PI que se están negociando en el acceso a medicamentos en Colombia. Dicho estudio se basa en el hecho de que un medicamento patentado o protegido tiene un precio muy superior a un genérico, e impedir la introducción de estos últimos genera costos económicos y determina que muchas personas no puedan acceder a los medicamentos.

Una de las medidas que EEUU ha logrado en otros acuerdos, es la prolongación de la duración de la patente. El estudio mostró que, a partir del 2005, el impacto de prolongar el período de las patentes hasta el 2029 sería de \$2,351 millones y 3 millones de personas perderían acceso a los medicamentos sobre los cuales se alargó el plazo de la patente.

Respecto al impacto de patentes a los usos, que dan pie a que se patenten productos con modificaciones menores, se hizo el cálculo para 1, 5, 10, 15 y 20 años. Los resultados mostraron que el costo del primer año es de \$10 millones y 88,000 personas sin acceso, mientras que en 20 años (en el 2024) ese costo sería de \$4,118 millones y de 1,7 millones de personas sin acceso.

Otra medida es la protección de los datos de prueba, que Colombia ya aplica por 5 años, el impacto de la protección en los cinco años fue de \$280 millones y las personas sin acceso fueron 531,332.

Por otro lado, la restricción a la denominación común internacional (se exige que el médico recete con denominación genérica) propició el aumento de los medicamentos genéricos, EEUU plantea renunciar a la política de Denominación Común internacional, lo cual implicaría una involución en la tasa de aumento de los genéricos. El impacto de esto en 20 años se estimó en \$5,701 millones y 2,5 millones de personas sin acceso. Además, esto generaría un mayor costo para el sistema de salud.

Sobre lo que se podría recomendar a los negociadores, la consultora señaló que hay diferentes posturas teóricas. Sin embargo, los comentarios señalaron que diversos estudios realizados por académicos serios dan pie para plantear justificaciones teóricas y empíricas a la afirmación de que no necesariamente la homogenización es conveniente para los países en desarrollo. Además, los estudios muestran que los DPI no fomentan la IED y que tienden a disminuir el bienestar social. De lo anterior, se concluye que la recomendación a los negociadores debería ser no aceptar las aspiraciones de EEUU.

IV. INVERSIONES

Se estudia el impacto que pudieran tener las negociaciones en el marco del ALCA y de un TLC con EEUU sobre la normativa andina de inversiones.

La metodología del estudio es, en primer lugar, determinar un marco jurídico de las referidas negociaciones hemisféricas, y el análisis de las normas sobre inversiones contenidas en los ordenamientos jurídicos de los países miembros e incluyendo los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPis) entre los países. Sobre la base normativa se estudian los aspectos de las negociaciones que fueron considerados los que mayor impacto podrían tener sobre la normativa andina en materia de inversiones.

1. EL MARCO JURÍDICO DE LAS NEGOCIACIONES HEMISFÉRICAS SOBRE INVERSIONES

Las negociaciones del ALCA y del TLC Andino – EEUU no deben vulnerar lo previsto en los acuerdos multilaterales. La Carta de Derechos y Deberes económicos de los Estados reconoce el derecho que éstos tienen a ejercer su autoridad sobre las inversiones extranjeras que se realicen en su territorio (Derechos como nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, bajo ciertas regulaciones). El Acuerdo TRIMS impone a los miembros de la OMC la obligación de no adoptar ninguna medida en materia de inversión relacionada con el comercio (Medidas MIC).

Las normas constitucionales sobre inversiones en los Países de la CAN

Reconocen el derecho de propiedad así como la función social de ésta. Además, se permiten expropiaciones basadas en razones de interés público con el pago de indemnizaciones.

En cuanto al trato a las inversiones se tienen los siguientes principios:

- Sometimiento a las leyes de los respectivos países.
- Igualdad de trato entre inversionistas y empresas extranjeras y nacionales.
- Reconocimiento de la propiedad estatal sobre los recursos naturales no renovables y de la facultad de regulación, control y vigilancia.

Las constituciones aceptan el arbitraje, nacional o internacional, como un medio para resolver diferencias. Inspiradas en el concepto de Trato Nacional, ciertos contratos quedan sometidos a la jurisdicción nacional y no dan lugar a reclamos diplomáticos.

Las constituciones incluyen normas específicas en materia de inversión, entre las que destacan las siguientes disposiciones que deben ser preservadas en los acuerdos que se negocien:

- Derecho de propiedad: Las disposiciones del Estado que afecten este principio (como expropiaciones) deben realizarse conforme al ordenamiento jurídico del país y con la debida indemnización.
- Reservas constitucionales de sectores o actividades económicas, a inversionistas nacionales o al Estado.
- Apoyo a la integración latinoamericana y caribeña.
- Facultades estatales para establecer políticas económicas que afecten a la inversión.
- Trato nacional: Se establece un trato estándar entre el inversionista extranjero y nacional.
- Jurisdicciones nacionales para la solución de controversias entre el inversionista y el Estado receptor. Una prohibición de someter la controversia a tribunales nacionales sería contrario a las normas constitucionales.

La normativa andina regula únicamente la IED. No hay una regulación andina sobre numerosos temas fundamentales para los inversionistas. Existe la conveniencia de ampliar la regulación andina sobre inversiones, lo cual debe partir de los ordenamientos jurídicos de los países miembros.

Lineamientos específicos para las negociaciones:

- Guardar coherencia con las disposiciones constitucionales y los ordenamientos jurídicos de los países miembros, sobre inversiones (los cuales guardan coherencia entre ellos y muchos están incluidos en los APPIs).
- Mantener el espacio para las políticas de los países miembros sobre inversiones. Por ejemplo, favoreciendo más a los inversionistas intrasubregionales.
- Remitir los aspectos que no puedan ser definidos en detalle en las negociaciones a los mecanismos de solución de controversias.

Posición general de los Países Miembros de la CAN sobre inversiones

El Acuerdo de Cartagena pone particular énfasis en la regulación de los capitales extranjeros y de aspectos relacionados con la transferencia tecnológica, como son las marcas, patentes, licencias y regalías. Se han aprobado las siguientes Decisiones:

- 291: Contentiva del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías. Regula sólo la IED.
- 292: Establece un régimen uniforme para las Empresas Multinacionales Andinas (EMA). La EMA disfruta de un tratamiento especial, en cuanto a las adquisiciones públicas, al comercio, a las reglas tributarias, etc.
- 439: Marco General de Principios y Normas para la Liberación del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina, persigue la creación del Mercado Común Andino de Servicios.

Referencias importantes para las negociaciones sobre inversiones

A) TLCAN

Conforme a la definición del TLCAN la inversión comprende intereses minoritarios, inversiones en cartera y propiedad real. Además, la cobertura del TLCAN se extiende a las inversiones hechas por una compañía constituida en un país del TLCAN, cualquiera sea su país de origen. Las partes han acordado someter a arbitraje internacional las controversias entabladas por inversionistas extranjeros. Se estipulan las reglas para el trato a las inversiones pertenecientes a inversionistas de otra parte, aunque las disposiciones sobre requisitos de desempeño y medidas ambientales se aplican a todas las inversiones.

B) TLC CHILE – EEUU

El tratado otorga a los inversionistas trato nacional en cuanto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones. Otorga trato de nación más favorecida a los inversionistas e inversiones cubiertas y les reconoce un nivel mínimo de trato acorde con el derecho internacional. Se prohíbe a las partes imponer varios requisitos de desempeño. Para la solución de controversias se permite que el inversionista someta a arbitraje la reclamación.

2. PRINCIPALES TEMAS DE NEGOCIACIÓN SOBRE INVERSIONES / ANÁLISIS DEL IMPACTO DE LAS NEGOCIACIONES SOBRE INVERSIONES, RESPECTO A CADA UNO DE TALES TEMAS

El propósito es determinar las semejanzas y diferencias entre las disposiciones contenidas en las normas de los países miembros de la CAN y las del ALCA y el capítulo sobre inversión en el TLC Chile – EEUU.

CONCEPTO DE INVERSIÓN

El concepto de inversión es muy amplio dentro de la CAN. Se parte de que inversión es todo tipo de activo propiedad, de un inversionista que sea invertido en ese país según su ordenamiento jurídico, y que abarca la propiedad de bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales, las acciones, los derechos de crédito y los derechos a prestaciones que tengan valor económico, los derechos de propiedad intelectual y las concesiones otorgadas por ley o por un contrato.

El concepto de inversión de la CAN y los propuestos en el ALCA concuerdan. En ambos escenarios el concepto de inversión engloba todos los bienes y derechos que un inversionista decida transferir al territorio de otro país, o reinvertir en ese territorio. El TLC Chile – EEUU adopta un concepto amplio de inversión que engloba a «todo activo» y, al igual que el del ALCA, es conforme con el de la CAN.

Se muestra un amplio consenso, en cuanto a que la inversión puede adoptar la forma de una empresa; de las acciones de una empresa; de formas de participación en el capital de una sociedad o de otros tipos de asociaciones permitidas por la legislación del país receptor de la inversión; de bienes muebles; de derechos de propiedad intelectual; etc. También hay consenso en considerar inversiones los derechos de crédito y otras prestaciones con valor económico (como instrumentos de deuda).

Sin embargo, el ALCA excluye a las operaciones de adquisición de acciones, valores u otros títulos semejantes en el concepto de inversión, mientras que la CAN los ha incluido en sus normas internas o en sus APPIs. Las modalidades de inversión en el TLC Chile – EEUU coinciden con las de la CAN, en cuanto a las acciones y otras formas de participación en el capital de una empresa.

CONCEPTO DE INVERSIONISTA

Tanto en las normas internas de los países de la CAN, como en sus APPIs, se considera como inversionista a las personas físicas o naturales que sean nacionales de un país, de conformidad con la legislación de ese país. No se aplican criterios uniformes respecto de los inversionistas que sean personas jurídicas. Se deben considerar como inversionistas tanto a personas naturales como jurídicas.

El ALCA coincide con los APPIs de la CAN. Se acepta que tanto personas jurídicas como naturales (éstas deben ser nacionales de un país miembro del ALCA), pueden ser inversionistas.

La definición contenida en el TLC Chile – EEUU es conforme con la de los países de la CAN, salvo en cuanto al tratamiento dado en el caso de la doble nacionalidad y en lo atinente a la consideración como inversionista de quien sólo tiene la intención de invertir o quien aún no ha perfeccionado su inversión.

TRATO NACIONAL

El estándar de trato nacional es ampliamente aceptado en la CAN y sus países miembros. Según la normativa andina (Decisión 291, Artículo 2), los inversionistas extranjeros tendrán los mismos derechos y obligaciones a los que se sujetan los inversionistas nacionales, salvo lo dispuesto en las legislaciones de cada país. En cuanto a los APPIs de los Países Miembros, se tiene que el trato nacional es definido como el otorgamiento a inversiones e inversionistas extranjeros de un trato no menos favorable que el que ese país otorgue a las inversiones propias. Este trato es aplicable (salvo unos pocos casos) a todos los sectores.

Las propuestas del ALCA sobre el tema del trato nacional son coherentes con el concepto de trato nacional contenido en la CAN y sus APPIs. En cuanto al TLC Chile – EEUU, salvo en lo que respecta a la extensión del trato nacional al establecimiento de las inversiones, el régimen de trato nacional contenido aquí es compatible con la CAN.

El autor especifica el análisis, considerando temas relacionados con el Trato Nacional:

a) Extensión del trato nacional al establecimiento de la inversión extranjera.

En el TLC Chile – EEUU se prevé que el trato nacional se aplique al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones. Esta práctica de extender el trato nacional a la etapa de establecimiento, es contraria a la normativa de la CAN sobre inversiones.

b) Extensión del trato nacional a la etapa previa al establecimiento de la inversión extranjera

Extender el trato nacional antes de producida la transferencia de algún activo al territorio del país receptor de la inversión, como se ha formulado en las negociaciones del ALCA (donde inversionista es aquel que pretenda realizar una inversión), es contrario a los principios andinos.

c) Lista de excepciones al trato nacional

En varios acuerdos comerciales entre los países miembros hay disposiciones según las cuales se pueden listar las disconformidades con el trato nacional.

Las siguientes disposiciones contenidas en el ALCA no están presentes en los APPIs y por lo tanto no son compatibles con las normas andinas:

- 1) Exclusiones del trato nacional con relación a la PI: El ADPIC prevé un régimen especial de trato nacional respecto de los distintos derechos de PI.
- 2) Exclusiones del trato nacional en compras del sector público: Aun cuando no hay una regulación andina sobre este punto, se entiende que queda sujeto a la aplicación de la norma general sobre trato nacional.
- 3) Exclusiones del trato nacional en lo relativo a subsidios o donaciones otorgadas por una Parte o por una empresa del Estado: esto incluye a los préstamos, seguros y garantías apoyados por el gobierno, salvo en cuanto a la compensación por pérdidas. Este punto quedaría sujeto a la norma general sobre trato nacional, ya que no hay especificaciones del mismo.

- 4) Exclusión del trato nacional en lo relativo a regímenes especiales o voluntarios de inversión.

TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA (NMF)

En todos los países miembros de la ALADI (incluye CAN) rige la regla de NMF según la cual el trato concedido a los países miembros del ALADI no será menos favorable que el otorgado a los países provenientes de cualquier otro país no miembro. Mientras que los países miembros pueden acordar - entre ellos - tratos diferentes sobre esta materia.

El trato NMF es una característica de los APPIs de los países miembros y de la normativa regional de integración latinoamericana en materia de capitales. La existencia de este trato NMF implica que las ventajas que un País Miembro haya otorgado a la otra Parte en un APPI, se extiendan a todos los demás países con los que el país tenga vigentes APPIs y a los países de la ALADI.

El trato NMF previsto en las normas regionales y andinas, abarca claramente a las inversiones, pero no hay mención expresa de los inversionistas (aunque esto sí es mencionado en algunos de los APPIs de la región.)

El trato NMF propuesto en el ALCA, en cuanto a inversiones e inversionistas, es conforme con la normativa andina y regional, así como con los APPIs. Aunque existen algunos aspectos particulares del trato propuesto en el ALCA como: Excepciones al trato NMF en Acuerdos de integración, en materia tributaria y en Acuerdos para facilitar relaciones fronterizas. Lo estipulado en el TLC Chile – EEUU es conforme con la normativa andina y de sus países, salvo en la extensión del trato NMF a la etapa del establecimiento de la inversión.

EXPROPIACIONES, NACIONALIZACIONES Y OTROS ACTOS QUE AFECTEN EL EJERCICIO PLENO DEL DERECHO DE PROPIEDAD POR PARTE DEL INVERSIONISTA

No existe normativa andina, y ni aun regional en ALADI, sobre este punto. Sin embargo, las constituciones de los Países Miembros tienen disposiciones sobre expropiaciones, limitándolas a las que sean necesarias por razones de interés público y previendo el pago de indemnizaciones. En los APPIs también se incluyen disposiciones sobre este tema. El autor cree que debe aceptarse una regulación que determine claramente las razones por las que pueden ser tomadas y prevea una indemnización pronta.

Las propuestas del ALCA son, en lo esencial, compatibles con las características de regulación de las expropiaciones y medidas equivalentes en los APPIs de los Países Miembros, con las siguientes observaciones:

- Improcedente la determinación del monto de la indemnización mediante negociaciones
- No incluir un Tipo de Cambio aplicable (no especificado en los APPIs)
- Expropiaciones y PI: se plantea que la normativa sobre expropiaciones no se aplique a la expedición de licencias obligatorias.

El TLC Chile – EEUU también es compatible con la regulación de los Países Miembros en esa materia, con las siguientes observaciones:

- Respecto a los principios de trato justo y equitativo y de protección plena, observamos que en los APPIs se prevé su aplicación aunque no se precisa su alcance tanto como en el TLCCE.
- En el TLCCE se prevé que la indemnización no debe reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció antes de la fecha de expropiación. Esto no se considera contrario a los APPIs a pesar de no existir normas expresas sobre este punto en los mismos.
- El TLCCE contiene un anexo sobre expropiaciones indirectas, mientras que ni en la normativa regional ni en los APPIs se toca este tema. Esto sería un aporte positivo al derecho internacional.

TRANSFERENCIAS

El tema de las transferencias de fondos que las inversiones y los inversionistas deben hacer en desarrollo de sus actividades es regulado tanto en los APPIs de los Países Miembros, como en las disposiciones andinas sobre inversiones. En el ámbito de las disposiciones andinas se reconoce a los inversionistas extranjeros y subregionales el derecho a hacer ciertas transferencias al exterior relacionadas con sus inversiones.

Se puede observar que las disposiciones propuestas en el ALCA son compatibles con la regulación de este tema en los Países Miembros. Son relevantes los siguientes comentarios:

- Limitaciones a las transferencias por motivos de balanza de pagos: no hay posición común entre los Países Miembros, por lo que parece conveniente incluir en el ALCA una cláusula que permita dichas limitaciones.
- Se plantea las limitaciones a las transferencias por incumplimientos tributarios, laborales y por «derechos sociales».
- Se plantean transferencias en especie.

En cuanto al TLCCE, se tiene que este es compatible con la regulación de las transferencias por parte de los Países Miembros, con las siguientes consideraciones:

- Ciertos pagos permitidos: Por pérdidas sufridas por los inversionistas debido a conflictos armados, indemnizaciones en caso de expropiaciones, o pagos hechos por el inversionista en virtud de una decisión en un procedimiento de solución de controversias con el Estado receptor de su inversión.
- Transferencias en especie.
- Prohibición de exigencias de transferencias.

REQUISITOS DE DESEMPEÑO

No hay en el ordenamiento jurídico andino sobre inversiones ni en las leyes de los países miembros sobre este tema. Tampoco es usual encontrar en los APPIs disposiciones sobre este asunto. La única materia común de los Países Miembros en materia de requisitos de desempeño es el Acuerdo de TRIMS.

En el ALCA, al igual que en el TLCCE, se plantean una serie de propuestas que merecen los siguientes comentarios:

- Limitaciones a las Medidas MIC contenidas en el Acuerdo de TRIMS.
- Extensión de los requisitos de desempeño a los servicios.

- Requisitos sobre transferencia de tecnología: se plantea prohibir el empleo de requisitos que obliguen a transferir una tecnología particular, un proceso productivo u otro conocimiento reservado.
- Extensión a los requisitos de desempeño.
- Se plantea que las disposiciones sobre requisitos de desempeño no se apliquen para calificar los bienes respecto a los programas de promoción de exportaciones y de ciertas ayudas, lo cual en cierto sentido es compatible con las normas internas.
- Exclusión a favor de las compras del sector público, aunque no hay normas andinas sobre este tema, se considera lógica su inclusión.
- Exclusión respecto a la norma de origen.

SERVICIOS

Estrecha relación entre temas de inversión y servicios, deberían preservarse el que las ventajas que los Países Miembros de la CAN se han otorgado entre sí en materia de comercio de servicios, no se extiendan a terceros.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Incluir la formula que permita, más no obligue, al inversionista a recurrir al arbitraje internacional (lo ideal es que recurra al CIADI). Debe dejarse abierta la posibilidad de recurrir al Mecanismo Complementario y la escogencia de un mecanismo de solución debe ser definitiva. Respecto al laudo, la mejor fórmula es la contenida en los APPIs de Venezuela que considera sólo pagos de daños pecuniarios más intereses.

3. BALANCE

La discusión se concentró en diversos temas, sobre los que se solicitaba al consultor recomendaciones para las negociaciones. En el informe final, se plantean algunas que fueron reseñadas al comienzo de esta sección.

Se señaló el hecho que los socios andinos tienen trato menos favorable al que tienen terceros con acuerdos de protección de inversión. Se enfatizó la necesidad de complementar el análisis con temas álgidos del capítulo de servicios, y también con solución de controversias. Esto último implica no sólo ver la compatibilidad normativa como hace el estudio, sino el impacto económico del acuerdo. Ver por ejemplo qué ha ocurrido con la participación del CIADI en la solución de controversias.

Con la definición más amplia de inversión en los acuerdos bilaterales, el CIADI ha intervenido constantemente. Esto es muy costoso, ya que sólo de entrada se debe pagar \$60,000 y gastos de abogados. Esto ocurre a sola demanda de las empresas por medidas que toman los gobiernos, referidas inclusive al pre-establecimiento.

En este punto, se planteó la pregunta si en las negociaciones, la deuda debe incluirse o no en inversiones. Los andinos no están de acuerdo y por lo tanto no procedería la solución de diferencias (salvo que sea deuda garantizada por los Estados).

Respecto a trato nacional, plantearon que se debería buscar condiciones similares a las que un estado de EEUU le dé a cualquier otro estado, aunque la negociación sólo comprenda el nivel federal.

En relación al ámbito de aplicación: si es multilateral o bilateral, y a quién se acude en el caso andino. Estos han pedido que se opte por uno de los dos mecanismos y que escoja el inversor, pero la decisión arbitral debería tener el carácter de cosa juzgada.

Otro tema sensible es el de la expropiación indirecta. Aquí el tema de fondo es como se limita la capacidad regulatoria de los estados.

Considerando que la mayoría de países ha incluido contrato de estabilidad jurídica, que todos los andinos (excepto Colombia) tienen en su legislación, debería haber una legislación andina en esta materia (marco regulatorio, normas ambientales, por ejemplo).

V. DUMPING Y SUBSIDIOS

El informe consta de las siguientes partes:

1. Compatibilidad de la Decisión 283 con las disposiciones del Acuerdo Antidumping de la OMC.
2. Impacto de que la Unión Aduanera de la Comunidad Andina sea notificada por el Artículo XXIV del GATT de 1947 o la Cláusula de Habilitación frente al dumping de terceros países.
3. Impacto de la normativa andina en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio entre los países Andinos y los Estados Unidos.
4. Interpretación y evolución de los temas en las discusiones OMC.
5. Conclusiones del autor.

1. COMPATIBILIDAD DE LA DECISIÓN 283 CON EL ACUERDO ANTIDUMPING DE LA OMC

La Decisión 289 está vigente en lo que hace relación al Dumping a favor de un tercer país. Respecto al marco conceptual de elementos constitutivos de dumping, esta Decisión se ajusta a las disposiciones del Acuerdo Antidumping de la OMC.

En la definición del precio de exportación, no obstante la diferencia descriptiva, los términos son similares.

En cuanto a aspectos de procedimiento, podemos mencionar que la Decisión 283 no los detalla ni reglamenta en el sentido de que está en el Acuerdo Antidumping – AD de la OMC, y por consiguiente, la Secretaría General de la Comunidad al realizar el procedimiento podría eventualmente ir en contravía de lo dispuesto por el acuerdo de la OMC.

Aspectos a incluir en la modificación de la Decisión 283 teniendo en cuenta el Código AD de la OMC:

- Compaginar el concepto de países con interés legítimo para presentar una solicitud con el concepto de rama de producción nacional. Se recomienda tener en cuenta los proyectos de modificación de la Decisión 283 elaborados en 1998.
- Incluir en la Decisión 283 el concepto de que la solicitud debe hacerse por la rama de producción afectada, del Acuerdo Antidumping de la OMC.

- Determinar exactamente las condiciones y requisitos que debe contener la solicitud.
- Establecer el principio de reserva para la etapa previa al inicio de la investigación, (Decisión 283 cubre únicamente la confidencialidad de documentos aportados en la fase de investigación).
- Incluir expresamente las facultades de interpretación e inicio de investigación por parte de la Secretaría General de la CAN.
- La Decisión 283 no establece un margen de dumping de mínimos, para que sea considerado un factor de rechazo a la solicitud. El autor recomienda establecer una norma en los términos del artículo 5.8 del Acuerdo Antidumping de la OMC.
- La Decisión 283 debe otorgar facultades sancionatorias a la Secretaría de la Comunidad Andina, en caso de que una parte interesada niegue el acceso a información necesaria o entorpezca la investigación.
- Establecer parámetros precisos para la determinación del margen de dumping.
- Permitir la intervención de terceros como los usuarios industriales, pequeñas empresas y las organizaciones de consumidores.
- En cuanto a la aplicación de Medidas Provisionales, la Decisión 283 debe establecer un régimen con la exactitud y detalle del artículo 7 del Acuerdo AD.
- Respecto a Compromisos relativos a precios, la Decisión 283 tiene vacíos en el régimen de su negociación y aceptación.
- La publicidad y contenido de las determinaciones adoptadas en el desarrollo de un proceso de dumping deben ceñirse a las disposiciones del artículo 12 del Acuerdo AD de la OMC.
- Para los parámetros en el establecimiento de derechos de dumping la Decisión 283 debe seguir los criterios señalados por el artículo 9 del Código AD.
- La Decisión 283 en materia de retroactividad establece plazos que son ajustados a las disposiciones del artículo 10 del Código AD. Se recomienda una regulación específica de acuerdo con los términos del referido artículo.
- En cuanto a duración de los derechos antidumping la Decisión 283 no establece el término de duración máximo de cinco años (señalado en el artículo 11.3 del Acuerdo AD de la OMC).
- En relación con las medidas antidumping de tercer país, la Decisión 283 debe incorporar una norma igual a la establecida por el artículo 14 del Acuerdo Antidumping de la OMC.

Por lo anterior y en aras de hacer concordante las disposiciones del literal d) del artículo 2 de la Decisión 283, junto con las facultades de investigación que tiene la Secretaría de la Comunidad Andina, se hace necesario incluir una normativa expresa que permita una evaluación extensiva de la producción subregional cuando se trate de dumping a favor de un tercer país, y no solamente la evaluación de las exportaciones al país importador, cuando sea necesario la imposición de derechos antidumping en más de un país miembro.

Finalmente, debe incorporarse también la necesidad de solicitar aprobación del Consejo de Mercancías de la OMC cuando la Secretaría determine la imposición de una medida antidumping a favor de un tercer país.

2. IMPACTO DE QUE LA UNIÓN ADUANERA DE LA CAN SEA NOTIFICADA POR EL ARTÍCULO XXIV DEL GATT DE 1947 FRENTE AL DUMPING DE TERCEROS PAÍSES

Para la autora, la diferencia de notificaciones por el Artículo XXIV y por la Cláusula Habilitante consiste en:

- La notificación por artículo XXIV busca preservar una armonía con las disposiciones del GATT, en las obligaciones de los países que han sido adquiridas en virtud de una Unión Aduanera o un área de libre comercio, sin importar el grado de desarrollo de los países constitutivos.
- La notificación por Cláusula Habilitante busca que las excepciones legítimas al principio de nación más favorecida se encuentren encaminadas a favorecer a los países en desarrollo y este trato diferencial se instrumente por medio de acuerdos regionales que se celebren con el fin de eliminar o reducir mutuamente aranceles.
- La notificación por artículo XXIV hace que las decisiones adoptadas se encuentren sometidas a un mayor grado de supervisión por parte de los órganos institucionales de la Organización Mundial de Comercio.
- La notificación por Cláusula Habilitante otorga un mayor rango de flexibilidad en la aplicación y sólo impone la obligación de realizar consultas sobre las dificultades que se puedan presentar entre las partes.

De la investigación realizada y según el listado de acuerdos notificados a 18 de noviembre de 2004 en la Organización Mundial de Comercio, la Comunidad Andina se notificó el 12 de octubre de 1992 como un acuerdo preferencial en virtud de la Cláusula de Habilitación.

2.1 LA NOTIFICACIÓN DE LA CAN FRENTE AL ACUERDO ANTIDUMPING DE LA OMC

El Acuerdo Antidumping de la OMC, en su artículo 4.3 señala lo siguiente:

- La norma citada sólo contempla la condición de reunir las características de una Unión Aduanera. No establece obligación adicional de que la Unión Aduanera se encuentre notificada por la Cláusula Habilitante o por los procedimientos del Artículo XXIV. Por lo tanto, los requerimientos del Acuerdo Antidumping de la OMC en esta materia son independientes de las notificaciones exigidas por el Artículo XXIV del GATT y la Cláusula habilitante.
- Este tema está siendo objeto de discusión en la OMC. En el documento G/ADP/M/25 se presenta un debate sobre el tema, entre la Unión Europea y los países andinos, al discutir el derecho antidumping a las importaciones de sorbitol procedentes de Francia.

2.2. DE LAS AUTORIDADES Y LA REGULACIÓN COMPETENTE PARA REALIZAR LAS INVESTIGACIONES E IMPONER DERECHOS A LA LUZ DEL ACUERDO ANTIDUMPING

De lo señalado en el artículo 16.5 del Acuerdo Antidumping de la OMC se concluye que cada uno de los países miembros de la Comunidad Andina debe notificar al Comité de Prácticas Antidumping de la OMC.

La Secretaría de la Comunidad Andina, como autoridad competente en su territorio para llevar a cabo investigaciones por dumping, y la Decisión 283 y sus modificaciones como procedimientos internos que rigen la iniciación y desarrollo de las investigaciones por dumping en los casos previstos por ésta.

Si no hay notificación cada uno de los países miembros sufre el riesgo de que un tercer país active el mecanismo de solución de controversias del Acuerdo Antidumping de la OMC, por violación a las normas del Acuerdo, cuando la Secretaría General de la Comunidad Andina imponga un derecho antidumping a dicho tercer país y éste considere que la Secretaría de la CAN y los procedimientos regionales en materia antidumping, no se encuentran autorizados en el ámbito del Acuerdo Antidumping de la OMC por no estar debidamente notificados.

2.3. CONCLUSIÓN

En todo caso, no existe una decisión de ningún órgano de la OMC sobre la materia y, en tanto no exista, no se debe adoptar una postura que favorezca esa posición.

La consultora opina que la interpretación sistémica de los artículos 4, 14 y 16 del Acuerdo Antidumping de la OMC permite claramente la existencia de:

- Derechos antidumping para proteger un mercado subregional cuando existe una unión aduanera.
- Derechos antidumping a favor de un tercer país en el caso de mercados integrados o uniones aduaneras.
- Y la existencia de autoridades regionales cuya competencia sea la preservación de las condiciones de competencia en los mercados integrados como uniones aduaneras.

3. IMPACTO DE LA NORMATIVA ANDINA EN LAS NEGOCIACIONES DEL TLC.

Es conveniente tener una normativa comunitaria que permita corregir el dumping de terceros países que afecta el mercado subregional. Esta sería la única manera de proteger los esfuerzos que han llevado a las empresas a aprovechar el mercado subregional ampliado.

3.1 INTERACCIÓN DE LA NORMATIVA CON LOS ACUERDOS BILATERALES

- a. Primer Escenario: TLC no menciona el tema y lo remite expresamente a la legislación interna

Tanto las legislaciones antidumping de los países, como las Decisiones 456 y 283 en lo referente al dumping a favor de un tercer país, es la legislación interna de los países que están negociando el TLC por su carácter supranacional de norma andina.

No podría cuestionarse la actuación de la Secretaría General de la CAN en este particular. En este entendido, la Secretaría General podría iniciar una investigación por prácticas de dumping de EE.UU. hacia un país andino, si esto perjudica las exportaciones de los demás países andinos.

No obstante, siempre queda la inquietud de si este tipo de medidas no sería cuestionable a la luz del artículo 16.5 del Código Antidumping de la OMC en la medida en que la mayoría de los países andinos no han notificado ni las Decisiones 456 ni 283 como la legislación pertinente (los procedimientos para iniciación y desarrollo de la investigación) ni a la Secretaría General de la CAN como autoridad competente para iniciar y llevar a cabo las investigaciones ante el Comité de Medidas Antidumping de la OMC.

b. Segundo Escenario: se negocia un capítulo de dumping con estándares mínimos y notificación de la autoridad investigadora y la reglamentación.

Los países deben notificar expresamente tanto su legislación de dumping y de medidas compensatorias como a la Secretaría General como su autoridad para implementar estos temas. Si esta notificación no se produce, a pesar de preverla en el Acuerdo, lo más probable es que la actuación de la Secretaría General sea objeto de conflicto entre EE.UU. y el país afectado por la medida, y que el país andino afectado pueda ser llevado a un panel de solución de diferencias dentro del TLC por incumplimiento de las obligaciones del mismo.

Esto haría mucho más compleja la viabilidad de la Decisión 283 sobre dumping en favor de un tercer país, pues evidentemente el país andino importador no va a arriesgarse a sufrir una sanción por parte de EE.UU. por esta materia.

Si el país importador acepta imponer la medida antidumping que determinó la Secretaría General contra EE.UU, podría ser llevado a un panel de solución de diferencias dentro del TLC y eventualmente este podría condenar al país andino importador por incumplimiento de las obligaciones del TLC, autorizando a EE.UU. a sancionar comercialmente al país que ha puesto la medida si no acata la decisión del Panel de Arbitros.

Si el país importador no acata la decisión de la Secretaría General, el país andino exportador afectado y la Secretaría General podrían acudir al Tribunal Andino de Justicia para demandar el incumplimiento del país importador. En este caso, el Tribunal podría condenar al país andino importador y podría autorizar al país andino exportador para retirar concesiones equivalentes al perjuicio sufrido, en caso de que el país importador no acate la decisión del Tribunal.

Se dejaría la defensa del mercado subregional en manos de una evaluación del país importador de la consecuencia de su actuación, pues simplemente evaluaría el impacto de la eventual sanción de EE.UU. frente a la del país andino respectivo, y así escogería el riesgo a asumir.

Por consiguiente, para apoyar la consolidación de la defensa del mercado subregional por parte de la Secretaría General, es fundamental que dentro del Acuerdo o TLC quede expresamente consagrada esta posibilidad, sea porque se notifica como autoridad responsable para hacer las investigaciones e imponer los derechos por parte de los países andinos, o sea porque queda expresamente consagrado en los textos del acuerdo.

c. Tercer Escenario: No se negocia un capítulo de dumping, pero se exige notificación de autoridad

La situación es similar al segundo escenario, sólo que las razones por las cuales eventualmente EE.UU. puede llevar a un país andino al mecanismo de solución de diferencias del Acuerdo Bilateral por la actuación de la Secretaría General de la CAN, son más restringidas.

Exclusivamente el que el proceso se hubiese realizado por una autoridad no competente según el Acuerdo y utilizando una reglamentación no aprobada, no podría alegar violación de estándares mínimos que son inexistentes en el Acuerdo.

4. INTERPRETACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LOS TEMAS EN LAS DISCUSIONES OMC

4.1. SOBRE LA DURACIÓN DEL PERÍODO DE INVESTIGACIÓN

El Comité de Prácticas Antidumping de la OMC mediante documento G/ADP/6 del 16 de mayo de 2000 emitió una recomendación sobre los períodos de recolección de datos para investigaciones antidumping.

- Normalmente el período para recolectar información deberá ser de 12 meses y en ningún caso menos de seis meses, y lo más cercano a la fecha de inicio de la investigación.
- El período de recolección de dumping y de investigaciones de ventas por debajo de costo deberán coincidir en la investigación.
- El período de recolección de información para determinar el daño normalmente deberá ser de al menos tres años, incluyendo el período de recolección de datos sobre el dumping. Lo anterior, salvo que el afectado tenga una duración menor.
- En todos los casos, las autoridades harán saber a las partes interesadas los términos de recolección de datos y las fechas ciertas para completar la recolección o reunir la información.
- En la recolección de datos y en la fijación de los términos, las autoridades deberán tener en cuenta las prácticas contables y financieras sobre disponibilidad de la información u otros factores de acuerdo con las características del producto
- La selección de un determinado período de investigación deberá ser motivado y comunicado a las partes de acuerdo a los principios de publicidad y transparencia del Artículo 12 del Acuerdo Antidumping de la OMC.

Teniendo en cuenta el contenido de la recomendación, el consultor sugiere que la modificación a la Decisión 283 establezca un período de duración de la investigación mínimo de 6 meses, y que exprese claramente los períodos de recolección de la información que están incorporados en esta recomendación.

4.2. CASOS RELEVANTES EN MATERIA DE DUMPING:

a. Sobre Reducción a Cero (Zeroing)

Aún no existe reporte de un Panel de la OMC. Tan solo el 2 de noviembre de 2004 mediante documento WT/DS294/8 se constituyó el Panel encargado de examinar la solicitud formulada por la Comunidad Europea.

b. Sobre Comparación equitativa

Sobre comparación equitativa no existe pronunciamiento alguno de un Panel de la OMC. Al respecto existe la propuesta de Grupo de Amigos del Dumping (Documento TN/RL/W/158) de Mayo 28 de 2004 sobre ajustes al artículo 4.2 del Acuerdo Antidumping de la OMC que permiten una comparación equitativa y simétrica para tener precios en iguales niveles comerciales.

Recomendación:

- Salvo por las recomendaciones del Comité Antidumping, es opinión del consultor que una eventual modificación de la Decisión 283 en materia de dumping a favor de un tercer país, no debe incorporar elementos diferentes a los que son jurídicamente vinculantes para los países andinos.

- En otras palabras, el consultor recomienda que la eventual modificación de la Decisión 283 en materia de dumping a favor de un tercer país debe contener fundamentalmente lo previsto en el anexo a este documento y explicado en el punto 1, «Compatibilidad de la Decisión 283 con las disposiciones del Acuerdo Antidumping de la OMC», que son realmente los temas a los que los países andinos se han obligado legalmente por virtud de pertenecer a la OMC y a su Acuerdo Antidumping.
- Los demás elementos mencionados en el punto 4 de este documento, si bien podrían eventualmente perfeccionar y hacer más transparentes y equitativos los procedimientos antidumping al interior de la Comunidad Andina, no deberían involucrarse en este momento en una eventual modificación de la Decisión 283, pues constituyen una herramienta de negociación para los países andinos tanto a nivel de la negociación sobre reglas de la OMC como en eventuales Acuerdos de Libre Comercio que negocien los países andinos.

5. CONCLUSIONES DEL CONSULTOR

- a. Es aconsejable modificar la Decisión 283 en cuanto a dumping a favor de un tercer país para efectos de ajustarlo a todas las disposiciones del acuerdo antidumping de la OMC y a la recomendaciones del Comité Antidumping en materia de períodos de investigación.
- b. No se recomienda incorporar elementos diferentes a los anteriores en la eventual modificación de la Decisión 283, pues sería entregar herramientas de negociación de los países andinos tanto en la negociación de reglas de la OMC como en la negociación de otros acuerdos comerciales.
- c. Se debe diseñar una estrategia política de alto nivel para convencer a los países andinos sobre la conveniencia de mantener esta legislación y de reformarla. Un elemento muy importante para este proceso de persuasión es la importancia de esta normativa como herramienta de negociación de los países andinos para la negociación de reglas en la OMC en materia de dumping. La existencia, vigencia y aplicación de esta legislación puede convertirse en un gran aliado de los países andinos para promover las reformas más importantes del Acuerdo Antidumping dentro de las negociaciones OMC.
- d. Es aconsejable mantener una legislación y autoridad regional cuyo objetivo principal sea preservar el mercado subregional andino, que tantos años ha costado construir.
- e. Es aconsejable que en los Acuerdos de Libre Comercio que los países andinos negocien se preserve el espacio de la reglamentación y la autoridad regional en esta materia, utilizando cualquiera de las siguientes estrategias:
 - Remitiendo expresamente el tema de dumping a sus legislaciones internas.
 - O previendo expresamente las notificaciones de reglamentación y autoridades competentes para estos efectos, y realizando las notificaciones del caso.
- f. Es aconsejable que el resto de los países andinos que no lo han hecho notifiquen la Decisión 283 o aquella que la modifique y a la Secretaría General como autoridad regional para adelantar las investigaciones de dumping para preservar el mercado subregional.

Esta es la única manera de salvaguardar tanto la reglamentación como la facultad de la Secretaría General de la CAN para adelantar estos procesos. Es evidente que no existe aún una definición legal sobre la materia, pero, en opinión del consultor, la interpretación sistémica de los artículos correspondientes del Acuerdo Antidumping, el Art. 24 y la Cláusula de Habilitación, lo permiten.

6. BALANCE

Algunas intervenciones abordaron el tema de si era conveniente modificar la Decisión 283 en este momento. Se señaló, que si se da más sustento jurídico y aplicabilidad desde el punto de vista práctico y político a la luz de las negociaciones comerciales que se adelantan, la respuesta es sí.

¿Cómo modificar la Decisión 283?. Se dieron varias opciones:

- Modificarla incluyendo en la Decisión procedimientos detallados, que hoy no existen, copiándolos exactamente de la OMC-sin quitar ni poner nada-.
- Incluir sólo un artículo que diga que todo lo no previsto en esta Decisión para la aplicación a terceros países se regirá por lo previsto en el AD de la OMC. Sin proceder a repetir exactamente lo allí previsto.
- Modificarla adaptándola al AD de la OMC pero aprovechando la oportunidad que brinda la modificación de una norma para aclarar o profundizar en algunos aspectos y áreas grises que aún hoy persisten en el AD OMC-PLUS.
- No modificarla, pues el Tribunal Andino decidió que la Secretaría General no debe tener en cuenta ninguna normativa diferente para imponer derechos en contra de un tercer país.

Se comentó que si se decidiera que deben hacerse las reformas exactamente tal como están previstas en el AD de la OMC, entonces ¿por qué no optar simplemente por la inclusión de un artículo o que diga que para todo lo no previsto en esta Decisión se aplicará supletoriamente lo contenido en el AD de la OMC?. Si se decidiera que no se va a modificar nada en relación a la letra de la OMC, ésta sería la opción más sencilla y práctica de aplicar.

Si se decidiera reformar la Decisión 283 tratando de ir un poco mas allá de la letra del AD de la OMC, sería valioso aprovechar la posibilidad de una reforma para aclarar dudas y áreas grises que hoy existen y que generan grandes problemas de interpretación e innumerables paneles en OMC que a veces son muy difíciles resolver.

Se comentó que era razonable lo expresado por los consultores en el informe sobre la conveniencia de no intentar ir mas allá de OMC en esta reforma, como arma de negociación. Pero, también se dijo que podría argumentarse lo contrario.

Finalmente, respecto a los tres escenarios planteados por los consultores se coincidió, en general, en la conveniencia del primer escenario. Asimismo, y en cualquiera de los casos en la conveniencia de reformar la Decisión 283 y en hacer las notificaciones correspondientes.

VI. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

1. EFECTOS DEL ALCA Y DEL TLC EN LAS RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA CAN Y SU INCIDENCIA SOBRE EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO Y SU SISTEMA JURISDICCIONAL.

Son tres los posibles escenarios que pueden presentarse en el TLC, en relación a las distintas alternativas que podrían ser asumidas por las Partes:

Escenario 1: TLC Plurilateral, los derechos y obligaciones del tratado regirán entre todos los Estados Parte entre sí.

Un inconveniente es que se presentaría la coexistencia de dos regímenes jurídicos paralelos que regularían las relaciones comerciales entre países de la subregión y su ordenamiento jurídico andino. Ante esta eventualidad se prevén posibles soluciones:

- Consagrar entre los países andinos la primacía del ordenamiento jurídico andino en caso de oposición con lo dispuesto en el TLC (primacía consagrada en el Tribunal de Justicia de la CAN).
- Consagrar la primacía del TLC sobre el ordenamiento jurídico andino (CAFTA). De adoptar esta solución, se estarían violando los principios de supremacía y autonomía de la CAN. Además, los países andinos que negocian el TLC serían sujetos pasibles de ser demandados ante el Tribunal de Justicia de la CAN.
- No establecer ninguna disposición. Se aplicaría el artículo 30.4 de la Convención de Viena 1969, lo cual supone guardar silencio ante alguna incompatibilidad.

Se concluye que debería aplicarse la cláusula que resguarde la primacía del Derecho Comunitario Andino. De lo contrario se estarían violando principios del ordenamiento andino.

Otro inconveniente es que puede ocurrir una superposición entre los mecanismos de solución de controversias. Ya sea cuando los acuerdos establezcan una jurisdicción exclusiva, de cuando ambos establezcan jurisdicciones opcionales o cuando uno establece una jurisdicción exclusiva y otro una opcional.

En el Tratado Constitutivo del Tribunal (artículo 42) quedo definido que los países de la CAN se encuentran impedidos de pactar o acudir a sistemas distintos a los previstos en el tratado del Tribunal de Justicia de la CAN.

Una de las posibles soluciones es que el sistema de solución de diferencias del TLC no opere entre los países andinos. Otra es que se consagre la prevalencia del foro regional para los países andinos.

En cuanto al ALCA, sólo hay una alternativa (Plurilateral), por lo que resultan aplicables las recomendaciones dadas para el TLC Plurilateral.

Escenario 2: Varios TLC Bilaterales

La ventaja es que evita la superposición de ordenamientos jurídicos y de jurisdicciones. El problema es que crea varios TLCs, con contenidos y alcances diferentes, lo que complica su armonización con el ordenamiento andino.

Escenario 3: TLC Bilateral entre los Países Andinos y los EEUU

Si este TLC Bilateral tiene además como Partes, a los Países Andinos por un lado, y a los EEUU, por otro, se evitaría también TLCs con diferentes contenidos y alcances, facilitando el proceso de armonización con el ordenamiento jurídico andino.

La adopción de esta alternativa preserva los principios de prevalencia y autonomía y la jurisdicción privativa del Tribunal de Justicia de la CAN, despeja cualquier posibilidad de interponer acciones de incumplimiento y facilita la armonización entre el TLC y el ordenamiento andino. Este esquema no impide la futura adhesión al TLC de Bolivia y Venezuela, ni tampoco establecer ciertas disposiciones diferenciadas entre los países andinos. Tampoco, la denuncia del TLC por uno de los Estados miembros.

2. ESTABLECER QUÉ CARACTERÍSTICAS DEBERÍA TENER EL ESQUEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL ALCA Y DEL TLC A EFECTOS DE GARANTIZAR UN ACCESO EFECTIVO Y SIMÉTRICO DE TODAS LAS PARTES INVOLUCRADAS.

En el esquema de solución de controversias planteado por EEUU se viene privilegiando la solución negociada o política (la cual tiene tres etapas, la primera de consultas directas, en la segunda una Comisión de Libre Comercio busca solución y la tercera ante un grupo arbitral) antes que la jurídica. Nuestra propuesta es intentar judicializar la tercera fase del mecanismo, lo cual permitirá reducir los plazos, los costos y eliminar cualquier factor de presión política.

Los factores que limitan el acceso de los países en desarrollo a esquemas de solución de controversias:

- a. Sobre todo los costos del proceso, que se originan por los elevados honorarios de los abogados y expertos contratados y principalmente por la duración del proceso. En el ALCA se plantean disposiciones que buscan solucionar este problema, las cuales deben mantenerse (tales como prestar consideraciones a los países en desarrollo, durante el proceso y a la hora de establecer la compensación). Mientras que en el TLC hasta ahora no se plantean disposiciones de este tipo.
- b. Ausencia de recursos humanos en los países andinos, con amplia experiencia en litigios internacionales de carácter comercial.

En el ALCA existen disposiciones al respecto que conviene mantener. Mientras que en el TLC no existe ninguna disposición al respecto. Por ello, se debe trabajar internamente en cada uno de los Países Andinos. En este sentido se debe buscar mayor cooperación técnica y financiera, crear centros regionales o subregionales de asistencia legal (África), asumir una defensa común, trabajar con el sector académico nacional, asociarse con ONG's, Asociaciones de Consumidores y otros grupos de presión.

La propuesta del consultor es paliar la imposibilidad de asumir un TLC bilateral y ver las ventajas que ofrece un TLC multilateral como el del ALCA, tanto en la reducción de costos para acceder al sistema, como en la conformación de cuadros profesionales capaces de asumir la defensa de los países andinos.

3. DETERMINAR LA CONVENIENCIA DE INCORPORAR A ESTOS ESQUEMAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, UN ÓRGANO DE DECISIÓN INTERGUBERNAMENTAL

En el ALCA se prevé la existencia de un Organismo Ejecutivo de Solución de Controversias. Su principal función es dar solución a la diferencia. La propuesta norteamericana en el TLC modifica el concepto tradicional de arbitraje, dispone que luego de agotados los procedimientos de consulta directa y de intervención de la Comisión de Libre Comercio, el Grupo Arbitral emitirá un informe sobre el cual las Partes deben acordar una solución.

El consultor considera que se debe eliminar la presencia de un órgano intergubernamental:

- Porque desnaturaliza fines y objetivos del arbitraje.
- Porque insiste innecesariamente en una solución negociada que ya fue agotada en etapas previas.
- Porque prolonga la decisión final (mayores costos).
- Porque introduce consideraciones de naturaleza política a lo que debería ser una solución de carácter jurídico imparcial.

El órgano arbitral previsto en el TLC debe poseer un poder decisorio como ocurre en otros acuerdos comerciales, eliminándose la presencia de un órgano intergubernamental de solución política. Se propone que tanto en el TLC como en ALCA, dicho órgano emita un informe (laudo) de carácter jurídico y obligatorio.

4. EVALUAR EN QUÉ MEDIDA RESULTA CONVENIENTE PARA LOS PAÍSES ANDINOS PERMITIR UNA AMPLIA PARTICIPACIÓN DE PARTICULARES Y ONG'S DE LA INVERSIÓN EN EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

En el CAFTA (modelo propuesto para el TLC con EEUU) se plantea que el grupo arbitral considerará solicitudes de entidades no-gubernamentales de los territorios de las Partes, para entregar opiniones. Esto tiene como objeto dar mayor transparencia al proceso y enriquecer el criterio del órgano arbitral.

Sin embargo, lo anterior presenta los siguientes problemas:

- Genera una asimetría cuantitativa y cualitativa entre partes.
- Entidades privadas asumen la representación de intereses de los ciudadanos, en mecanismos de solución de carácter intergubernamental.

Por ello, se plantea eliminar la participación de las ONG's o limitar su participación al interior de cada Estado (cada Estado estaría obligado a designar una oficina nacional responsable, encargada de recibir denuncias de la ONGs). Con ello se conseguiría cumplir los objetivos de transparencia, se evita que el órgano arbitral reciba presiones de particulares, se agilizaría el proceso reduciendo los costos y se preservaría una mayor simetría entre las partes.

Si se permitiera la participación de las ONG's se deben tener en cuenta las siguientes recomendaciones mínimas:

- Participación sujeta a la autorización del órgano arbitral.
- ONGs o particular acredite interés público y sustancial de la causa.
- Que señale si se tiene algún vínculo con alguna de las Partes.

5. ESTABLECER LAS MEJORES FÓRMULAS DE NOMBRAMIENTO Y CONFORMACIÓN DEL GRUPO ARBITRAL TANTO EN EL ALCA COMO EN EL TLC CON EEUU, ASÍ COMO LA PROCEDENCIA DE ESTABLECER UN ÓRGANO DE APELACIÓN EN EL ALCA.

La elección de los árbitros y la conformidad del Grupo Arbitral para la solución de una controversia, resultan temas fundamentales para asegurar la imparcialidad de la decisión.

Se aconseja tener en cuenta ciertas recomendaciones, al momento de acordar la composición del grupo arbitral. Si armonizamos estas recomendaciones con las características del ALCA o TLC podríamos concluir lo siguiente:

- Tribunal Ad Hoc compuesto de tres miembros (la mayoría de reglamentos arbitrales no lo especifica pero se recomienda para disminuir costos.) Cada Estado debe elegir un árbitro y el tercero por consenso.
- Deben elaborarse listas de árbitros (no cerrada, ni consensuada), no interesa la nacionalidad del árbitro.
- Se debe exigir a los árbitros ciertos requisitos (independencia, competencia profesional, ético).
- Se debe admitir la recusación (rechazar al árbitro) de árbitros con carácter general y hasta antes de concluida la etapa probatoria. La facultad de recusación es contemplada en el ALCA, mientras que en el TLC existe con limitaciones.
- El gasto arbitral será asumido por ambas Partes por igual (ganen o pierdan).

En cuanto a la conveniencia de incorporar al TLC o mantener en el ALCA la posibilidad de apelar la decisión del grupo arbitral, se plantea que tal medida resulta innecesaria:

- Alarga el procedimiento, lo vuelve más oneroso.
- No se suele prever en TLC's bilaterales, ni regionales.

Esto no niega la necesidad y conveniencia de prever tanto en el ALCA como en el TLC otros recursos, como el recurso de aclaración y de reconsideración (revisión de la decisión en base a información relevante).

6. DETERMINAR CUÁL ES EL MEJOR SISTEMA PARA GARANTIZAR LA EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES DE LOS GRUPOS NEUTRALES, A EFECTOS DE ASEGURAR, POR UN LADO, QUE TODAS LAS PARTES CUMPLAN LAS DECISIONES Y, POR OTRO, QUE LAS ECONOMÍAS

ANDINAS NO SE VEAN SERIAMENTE AFECTADAS EN CASO SEAN ELLAS A LAS QUE CORRESPONDA LA EJECUCIÓN DE LA DECISIÓN. ESTO IMPLICA EL TEMA DE LAS MULTAS, LAS CONTRIBUCIONES MONETARIAS Y LAS COMPENSACIONES OBLIGATORIAS.

Todo sistema jurídico de normas, como el que se plantea en el ámbito del TLC o ALCA, debe prever distintas modalidades y grados de sanción.

Tanto en el ALCA como en el CAFTA se establece que si las partes no llegan por consenso a una solución (45 días), éstas iniciarán negociaciones para acordar una compensación mutuamente aceptable.

- El órgano arbitral (y no las Partes) debe determinar el incumplimiento del Tratado (reduce tiempos, costos, elimina cualquier posibilidad de presión en la negociación)
- En cuanto al contenido y forma de la reparación:
 - I. El Laudo debe establecer un Plan de Acción (Plazo).
 - II. Una compensación comercial no monetaria (temporal).

- III. Si no se cumple, cabrá solicitar la suspensión de beneficios con respecto al sector involucrado.
- IV. Hay que considerar que la suspensión de beneficios por un país andino difícilmente es equivalente a la medida adoptada por un país desarrollado. Por ello se plantea que, para la fijación de la compensación comercial y de la suspensión de beneficios, el órgano arbitral deberá tomar en cuenta el impacto de la medida en la economía global del Estado.
- V. Cuando el Estado demandado considere que ha cumplido con el Plan de Acción, podrá someter el asunto a conocimiento a fin de que se restablezcan los beneficios.
- VI. En relación a las controversias laborales y ambientales, se plantea mantener el esquema de reparación previsto en el ALCA y TLC, que busca disminuir las brechas existentes entre las economías de los Participantes (creación de un fondo para mejorar estándares laborales y ambientales).

7. ANALIZAR EL TIPO DE MEDIDAS CONCRETAS QUE SE PODRÍAN PLANTEAR PARA QUE LOS PAÍSES ANDINOS SE BENEFICIEN DE UN TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO EN LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL ALCA Y EL TLC CON ESTADOS UNIDOS.

El principio del trato especial y diferenciado tiene como objetivo compensar las desigualdades entre los países en desarrollo y los desarrollados. En el ALCA se dispone prestar atención al nivel de desarrollo de los países, por ejemplo en todas las etapas del procedimiento de solución de diferencias. Sin embargo, algunas de las disposiciones carecen de eficacia. Por ello, más que nuevas disposiciones se recomienda mantener las existentes y aclarar algunas carentes de efectos prácticos por su vaguedad.

En acuerdos comerciales de carácter bilateral no se consideran disposiciones de este tipo. Por ello se plantea llevar adelante las modificaciones y recomendaciones en el tema de solución de controversias de este informe, al TLC con EEUU.

8. CONCLUSIONES DEL CONSULTOR

1. Nos inclinamos a un TLC bilateral cuyas partes sean, por un lado Perú, Colombia y Ecuador y, por otro, los Estados Unidos. Esto permitiría preservar la autonomía y primacía del ordenamiento jurídico andino. De asumir el esquema plurilateral, se recomienda establecer una cláusula de resguardo del ordenamiento jurídico andino.
2. Se sugiere privilegiar, tanto en el TLC como ALCA, la opción legal antes que política en la solución de controversias (reduce costos, plazos y elimina presión). En el TLC (a diferencia del ALCA), no existen dispositivos para acceder al costoso sistema de solución de controversias. Por ello, se plantean recomendaciones como reducir plazos y fijar la sede del órgano en el país más pobre.
3. Evitar la presencia de un órgano intergubernamental en el sistema de solución de controversias del ALCA o TLC. El órgano arbitral debe tener poder decisivo emitiendo un solo informe (laudo) de carácter jurídico y obligatorio.
4. La participación de particulares u ONGs puede significar ahondar cuantitativamente y cualitativamente las asimetrías entre los países andinos y los EEUU. Por ello se busca eliminar su participación o restringirla.
5. En cuanto a la conformación y nombramiento del grupo arbitral se recomienda:
 - Designar un tribunal ad-hoc y no permanente

- Panel conformado por número impar de tres árbitros (cada parte designa uno y el tercero por consenso).
 - Lista de árbitros
 - No es relevante la nacionalidad del árbitro pero deben cumplir requisitos
 - Admitir la recusación de los árbitros
6. No debe establecerse un órgano de apelación ni en el ALCA ni TLC. Resulta inconveniente, porque eleva los plazos (más costos). Sin embargo, deben preverse otros recursos como la aclaración y la reconsideración.
7. En cuanto al sistema de ejecución de las decisiones de los grupos neutrales o arbitrales del ALCA y del TLC, se plantean las siguientes modificaciones:
- El órgano arbitral será quien determine la existencia de incumplimiento del Tratado
 - El órgano arbitral fijará un plan de acción (no multa, no compensación monetaria, ni suspensión de beneficios) temporal. Si el demandado incumple el plan de acción, el demandante podrá cortar los beneficios.
 - En cuanto a la incorporación de disposiciones sobre trato especial y diferenciado, en el sistema de solución de controversias del ALCA se propone mantener las disposiciones del último borrador con algunas aclaraciones. En cuanto al TLC (dado su carácter bilateral), se insiste en la necesidad de incorporar a su esquema de solución las modificaciones planteadas a lo largo de este informe.

9. BALANCE

Se ponderó que el mecanismo de solución de diferencias de la CAN es desarrollado, comparado con otros foros o acuerdos multilaterales. El ordenamiento jurídico andino con transferencia de competencias, le confiere carácter distinto a otras normativas. Esto habría que mantenerlo y tampoco perder vías alternativas como las que existen con la OMC.

Otro punto que se mencionó fue la necesidad de evaluar la efectividad del mecanismo de arbitraje, porque las partes cuando tienen que nombrar otros árbitros, no siempre se ponen de acuerdo (en OMC en el 54% de los casos fueron nombrados por el Director General).

Otras intervenciones argumentaron que un órgano permanente reduce la dispersión (caso OMC y MERCOSUR, y se discute en NAFTA.) Los arbitrajes internacionales son caros, y hay que compararlo con el costo de un mecanismo permanente. Se respondió que la instancia permanente da predictibilidad, pero no necesariamente da seguridad jurídica. El problema no es sólo de costos, sino también de especialización.

Finalmente, se preguntó si ¿La Decisión 598 bastaba para preservar la normativa comunitaria?. Se respondió que la Decisión 598 no es la única que la preserva, sino diversos mecanismos y la propia ejecutoria del Tribunal Andino.

VII. REFLEXIONES FINALES

Para terminar, se plantean algunas reflexiones de conjunto en relación a los aportes que los distintos estudios realizan. La heterogeneidad de aproximaciones es un activo importante, por la complejidad y riqueza del análisis. Pero, dificulta un balance global sobre costos y beneficios y las implicancias de las negociaciones comerciales-internacionales - particularmente del TLC - sobre la integración andina.

Una primera reflexión tiene que ver con la dificultad de estimación de costos y beneficios, dada la proliferación de acuerdos regionales y las negociaciones simultáneas en distintos foros, que han llevado a la conformación de lo que Bawhathi denominó «spaguetti bowl». Los acuerdos bilaterales y tratados de libre comercio impulsados por EEUU caen en el esquema «hub and spoke», que tiende a concentrar las mayores ganancias en el «hub», y no constituye precisamente la forma más eficiente de constituir zonas de libre comercio (BID 2002⁵). Esto se complica si todos los países en desarrollo ingresan a un esquema de esta naturaleza, lo que puede llevar a pérdidas que incluso pueden afectar la liberalización multilateral (Banco Mundial⁶).

Los países andinos que participan en la negociación del TLC con EEUU, han señalado un interés fundamental de consolidar el acceso al mercado norteamericano que constituye su principal socio comercial. Se señala que hacer permanentes las preferencias unilaterales del ATPDEA con un TLC, crearía las condiciones de estabilidad no sólo para el impulso de los flujos de comercio, sino también para mayores inversiones, poniendo además un «seguro» respecto a las políticas de liberalización y apertura que las propician.

Los resultados de las estimaciones sobre acceso a mercados no son concluyentes en los estudios correspondientes. Si bien hay resultados positivos en exportaciones y producción, hay saldos negativos en balanza comercial y bienestar para varios de los escenarios planteados. En el caso del TLC, los resultados no sólo son inferiores a otros escenarios como el Status Quo o ALCA, sino que presentan valores negativos en las variables presentadas.

Esta diversidad de resultados también se encuentra en otros estudios que utilizan modelos de Equilibrio General Computable, que - como fue señalado en las discusiones - dependen mucho de las bases de datos utilizadas y de los supuestos de elasticidades y comportamiento de mercado que se asuman. Algunos trabajos han encontrado más resultados sectoriales positivos respecto a un eventual TLC (por ejemplo para el caso peruano, Watanuki, Monteagudo y Rojas⁷, Fairlie⁸, Mincetur) mientras que otros han tenido resultados modestos o negativos (Ligth⁹, Pizarro¹⁰, Seminario). Además, por supuesto de otras metodologías de estimación de costos y beneficios aplicados en otros estudios¹¹.

En general, la literatura muestra que la liberalización multilateral o simultánea en varios escenarios genera mayores ganancias que los acuerdos preferenciales. Y, en el caso de acuerdos bilaterales, para varios países sudamericanos se obtienen mayores beneficios potenciales en la suscripción de un TLC con Europa, respecto a uno con EEUU.

Más allá de los diferentes enfoques utilizados, se puede encontrar una cierta regularidad en los sectores «ganadores» y «perdedores». Entre ellos destacan como ganadores: Textiles y Confecciones, Minería, Azúcar, Derivados de petróleo, y Pesca. Por el lado de los perdedores, se observa sistemáticamente la presencia de los sectores: Bebidas y Tabaco, Cereales, Productos cárnicos, Lácteos y Productos de papel.

⁵ BID (2002). «Más allá de las fronteras». Washington D.C

⁶ Banco Mundial (2004). «Global Economic Prospects 2005: Trade, Regionalism and Development».

⁷ Watanuki, Monteagudo y Rojas (2003). «Impacto de diferentes estrategias hemisféricas en el comercio de Perú». BID

⁸ Fairlie, Cuadra y Florián (2004). «Escenarios de integración del Perú en la economía mundial: un enfoque de equilibrio general computable». Fundación Friedrich Ebert, LATN, CIES. Lima

⁹ Light, Miles. «Free Trade of the Americas Agreement Economic Impacts for the Andean Community». Secretaría General de la CAN

¹⁰ Pizarro, J. (2004). «Resultados del GTAP, 2001, TLC EEUU – Perú». Mincetur-BID

¹¹ Una reseña se puede encontrar en: Fairlie, Alan (Ed.). «El TLC en Debate». Fundación Friedrich Ebert, LATN. Lima 2004

Entre los sectores perdedores se identifican productos agrícolas sensibles, varios de los cuales son beneficiarios del sistema de franjas de precios. Por tanto, llama la atención los resultados de los consultores que señalan que prácticamente no habría ningún efecto de la eliminación de la franja de precios o de la protección a estos productos, lo que contrasta con evidencia empírica de otros trabajos.

Ligth tiene la hipótesis central que en realidad los beneficios principales están en los servicios y no en el comercio de bienes. Existen diversos trabajos¹² que encuentran que la liberalización de servicios puede contribuir sustancialmente al crecimiento, aunque esto no es automático. Se requiere una adecuada regulación y buenas condiciones para la inversión.

El sector servicios es un sector ofensivo de los EEUU en la negociación y es conocida la disputa sobre todo con la Unión Europea por un mejor posicionamiento a nivel mundial, dado su rol de principales exportadores.

¿Cuál es el potencial exportador de servicios de los países andinos?. Ese es un tema sobre el que aún hay pocos estudios, y no se tiene total claridad de la competitividad nacional o regional que se pueda tener en sectores específicos. El trabajo de De La Torre por ejemplo, resalta el potencial de los servicios educativos a distancia en el Ecuador, servicios prestados a empresas en Colombia y servicios de esparcimiento, culturales y deportivos para Perú y Venezuela. Sin embargo, ubica como sectores vulnerables por ejemplo, a servicios prestados a empresas (excepto en el caso colombiano), lo cual estaría fundamentado por el rubro servicios profesionales. Este, en otros estudios de la propia Secretaría General, figura como un importante sector exportador potencial.

Existen muchos menos trabajos en el tema de servicios, de los que tenemos para bienes, así como la identificación de las restricciones para el acceso al mercado. Hay estudios (Niño) que han identificado una serie de restricciones para que empresas extranjeras puedan proveer servicios en los EEUU. Por tanto, no parecería existir suficiente evidencia empírica para ser demasiado optimista, y esperar de manera automática un saldo neto favorable en el comercio de servicios para los países andinos. Se requieren muchos más trabajos específicos en este terreno.

Si bien en los estudios de los consultores el tema de acceso a mercado en bienes y servicios parece presentar un balance positivo para los andinos, no necesariamente se tiene el mismo panorama en disciplinas como propiedad intelectual, inversiones.

Los consultores en propiedad intelectual hacen una revisión comparativa de la normativa andina con otros acuerdos que incluyen temas de negociación con EEUU, pero no hay una estimación de costos y beneficios asociados. En los comentarios se presentan estimaciones que más bien presentan un saldo negativo en lo que respecta al acceso a los medicamentos genéricos, mayores gastos en salud para las familias y programas del Estado, de la implementación de los requerimientos que EEUU está haciendo en las negociaciones.

¹² Mattoo, Aaditya, y Pierre Seuve. 2004. «Regionalism and Trade in Services in the Western Hemisphere: A policy Agenda» in A. Estevadeordal, Dani Rodrik, Alan Taylor, and Andres Velasco (eds.) *Integrating the Americas*. Cambridge: Harvard University Press.

Desde una perspectiva crítica, diversos estudios muestran que el instrumento más efectivo para reducir los precios de las medicinas y mejorar el acceso a ellas en los países en desarrollo es el fortalecimiento de la competencia de genéricos, por lo que la protección a la PI tendría efectos negativos sobre el bienestar y la salud (AIS, Oxfam¹³, Misión Salud¹⁴, IMS Health¹⁵.)

Un estudio realizado por FEDESARROLLO en el 2001¹⁶ estimó los efectos de una protección plena de los Datos de Prueba en Colombia (sin las excepciones previstas en el Decreto 2085). Los resultados mostraron un incremento de los precios en 61% y pérdida del bienestar de la población en \$777 millones.

Hay coincidencia en la necesidad de respetar los derechos de propiedad intelectual, para incentivar la innovación y el desarrollo de nuevas moléculas. En lo que hay diferencias es en la estimación de los costos que este proceso genera, y los periodos de recuperación de la inversión.

Las transnacionales farmacéuticas afirman que la inversión para el desarrollo de una molécula es de \$800 millones. Según estudios de Public Citizen la inversión en I&D no supera los \$100 millones por molécula, ya que gran parte de la inversión está financiada por el Estado y entidades académicas¹⁷. Se estima que la inversión en I + D se puede recuperar en tres años¹⁸ y no en ocho años como sostienen las transnacionales.

De otra parte, en inversiones se señalaron algunos puntos de conflicto con la normativa andina. No existe tampoco una cuantificación en la consultoría, pero en los comentarios se destacó lo costoso que puede significar el sólo hecho de acudir a los diversos arbitrajes internacionales previstos. También es complicado evaluar las consecuencias de la inclusión de la deuda en la definición de inversión, o un concepto demasiado laxo de expropiaciones indirectas.

Se acepta en general el efecto positivo que tiene la inversión extranjera, siendo mayores o menores los impactos dependiendo del tipo de inversión que llegue al país. Según la clasificación propuesta por Dunning (1988), retomada y desarrollada por Chudnovsky (2002), la IED puede presentarse de dos formas según sus intereses. La primera es la denominada «Market seeking», este tipo de inversión se dirige a explotar el mercado doméstico del país receptor. La segunda es la inversión de tipo «Resource seeking», la cual está orientada a la explotación de recursos naturales con una fuerte orientación exportadora. También, el impacto es diferente, según se trate de nuevas inversiones, o si son principalmente adquisiciones y/o privatizaciones.

La otra argumentación es que aumentará la IED a partir de la suscripción del TLC, entre otras razones por la estabilidad de largo plazo que generan políticas y estrategias de desarrollo «amigables». Los acuerdos preferenciales pueden contribuir a la atracción de inversión, bajo ciertas condiciones.

¹³ AIS, Oxfam, VSO y Save Children, «Asegurando el acceso a medicamentos esenciales», mayo 2002; y, Zuleta Fedesarrollo 2002

¹⁴ Análisis sobre la base de datos de Fedesarrollo para el estudio «Impacto de la competencia sobre los precios de los medicamentos en la seguridad social en Colombia» abril 2003.

¹⁵ IMS HEALTH Generic Pharmaceutical Industry Association

¹⁶ ZULETA J, Luis Alberto y Juan Carlos JUNCAS. Efectos Económicos y Sociales de la Regulación Sobre la Industria Farmacéutica de Colombia. Abril 2001. Pág. 66-80

¹⁷ www.citizen.org. Citado por HOLGUÍN, Germán. «La bolsa y la vida, impacto de la agenda norteamericana para el TLC sobre acceso a medicamentos y salud pública». Octubre 2004. Pág. 93

¹⁸ HOLGUÍN, Germán. «La bolsa y la vida, impacto de la agenda norteamericana para el TLC sobre acceso a medicamentos y salud pública». Octubre 2004. Pág.35

Así, un estudio de la UNCTAD (1999) mostró que el impacto de los Acuerdos Comerciales Regionales es mucho más significativo como determinante de la IED que los Acuerdos Bilaterales. Sin embargo, el vínculo entre los procesos de integración regional y los flujos de la IED es sumamente complejo y puede variar según el tipo de marco regional adoptado por los países.

Lederman (2004)¹⁹ menciona que sólo los ACR que forman grandes mercados atraen IED, y en mercados pequeños los efectos sobre la IED no son significativos. Levy (2004)²⁰ mostró, en una simulación del ALCA, que los ACR tienen un fuerte impacto positivo en la afluencia de IED. Sin embargo, la distribución de los flujos de IED es desigual entre los países, dependiendo del tamaño del mercado y de otras variables. Stein y Daude (2002) han mostrado que las variables institucionales que favorecen el clima de inversión, están significativamente asociadas con el incremento de los flujos de inversión. Al respecto, el USTR 2003 menciona que la barrera más significativa a la IED en el Perú es la debilidad de sus instituciones gubernamentales.

La relación entre IED e inversión doméstica no es siempre positiva, ya que pueden darse efectos «Crowding in» o «Crowding out». El primero incentiva a las firmas nacionales a aumentar su competitividad contribuyendo favorablemente al crecimiento del país, mientras que el segundo desplaza a las firmas nacionales, por lo que tiene un efecto negativo. Agosin y Mayer (2000)²¹ encuentran que durante el periodo 1970 – 1996 la IED en América Latina ha sido de tipo «Crowding out».

Un tema de fondo es el destino de la Comunidad Andina después de la suscripción del TLC. Los estudios presentan diversas alternativas que permitirían preservar la normativa comunitaria en convivencia con un TLC. En particular en antidumping, inversiones y solución de controversias.

El gran desafío es lograr tener acuerdos más profundos a nivel andino, de lo que se defina finalmente en un TLC con EEUU, o un eventual ALCA (cuyas negociaciones se han planteado reiniciar en breve). La Secretaría General de la CAN²² ha manifestado su optimismo en la consecución de este objetivo, pero algunos sectores de los países andinos tienen perspectivas más escépticas.

En las negociaciones andinas, se vuelve a repetir el dilema típico de acuerdos norte-sur (sean tratados de libre comercio con EEUU o la Unión Europea), sobre cuánto ceder en disciplinas, para conseguir asegurar el acceso a mercados. Los estudios reseñados contribuyen a señalar costos y beneficios de los distintos escenarios y alternativas en juego.

¹⁹ Global Economic Prospect 2005. Cap 5. pág 12

²⁰ Citado en Global Economic Prospect 2005

²¹ Foreign Investment in Developing Countries: Does it Crowd in Domestic Investment?. Febrero 2000

²² Ver por ejemplo, la presentación «El TLC con EEUU y la Comunidad Andina»; del Embajador Allan Wagner ante la Comisión Ad-hoc del Congreso de la República para el TLC con EEUU (4 de junio de 2004). En: www.comunidadandina.org



Implicaciones en acceso a Mercados

Ricardo Argüello C.

Ernesto Valenzuela

Las opiniones del consultor no reflejan la posición de la Secretaría General ni del BID.

RESUMEN EJECUTIVO

El objetivo general de este estudio es medir los principales impactos económicos ocasionados por la liberalización del comercio de bienes como resultado de las negociaciones del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y el Acuerdo bilateral con Estados Unidos (ALC), en las economías de los países miembros de la Comunidad Andina. Para el propósito, se han identificado y analizado los escenarios más relevantes desde el punto de vista de su probabilidad de ocurrencia. Todos ellos tienen en común el desarrollarse a partir de las condiciones que les determinan los procesos de liberalización emprendidos a la fecha (la situación que denominamos de *Statu Quo*).

Para simular estos procesos de liberalización hemos hecho uso del GTAP, un modelo de equilibrio general computable multi-región, desarrollado en la Universidad de Purdue. Este es un modelo de amplio uso y reconocimiento a nivel internacional, particularmente en el ámbito del análisis de problemas relacionados con el comercio internacional a nivel global.

Como es sabido, un enfoque de equilibrio general permite capturar los efectos encadenados de los ajustes que la economía sufre como consecuencia de los cambios generados en su estructura de protección. No obstante, es importante tener en cuenta las limitaciones inherentes a la aproximación que acá se hace al objeto de estudio. En primer lugar, las simulaciones realizadas consideran únicamente el comercio de bienes. Por tanto, los resultados obtenidos no comprenden los efectos que se desprenden de importantes esferas adicionales de estos procesos de liberalización comercial; en particular de la liberalización parcial del comercio en servicios y de la flexibilización en los regímenes de inversión extranjera. Adicionalmente, como es propio de los modelos de comercio, los resultados no consideran los efectos potenciales de la apertura de nuevos flujos de comercio, que resultan como consecuencia del aumento en el contacto comercial entre agentes localizados en las diferentes regiones, del mayor flujo de información y, en general, de los cambios inducidos en la estructura de producción.

Por otra parte, es necesario mencionar que el estudio emplea la versión estándar del GTAP, caracterizada por el uso de rendimientos constantes a escala. Aunque esta no es una limitación intrínseca del estudio, es claro que los resultados obtenibles de ella difieren de aquellos que podrían observarse si se usan versiones con rendimientos crecientes a escala o versiones que consideren efectos potenciales del comercio sobre la productividad. En cualquier caso, independientemente de la perspectiva de modelización empleada, buena parte de los llamados efectos dinámicos de la liberalización comercial (ganancias de eficiencia en la gestión de las firmas, aumentos en los niveles de inversión extranjera, mayor acceso a tecnologías de punta, etc.) escapan a medición por medios como el empleado en el estudio.

Los resultados básicos derivados de la primera parte del estudio (relacionada con el análisis de escenarios probables de liberalización), indican que los cambios netos de bienestar que se obtienen de los diferentes escenarios, no presentan una coincidencia alta en cuanto a la dirección de los mismos para los países de la Comunidad Andina. Forzando un tanto los mismos, podría decirse que Colombia, Perú y Ecuador-Bolivia tienden a derivar pérdidas de bienestar en tanto que Venezuela muestra ganancias con el ALCA y pérdidas con el ALC.

Los términos de intercambio juegan un papel importante en la determinación de estos resultados. En general se mueven en contra del bienestar de estas economías, con la muy notoria excepción de Venezuela. Un factor importante en la determinación de los resultados es que las economías andinas se han beneficiado en el pasado, hasta cierto punto, de la desviación de comercio que estaba implícita en los acuerdos comerciales que han suscrito. Con la mayor liberalización que los acuerdos simulados conllevan, estas ganancias se deterioran y, de alguna forma, tienden a volver a su «real» dimensión.

En la segunda parte del estudio se detallan los efectos del escenario de liberalización más probable, el ALC con Estados Unidos, a nivel sectorial. Su propósito central es tener una visión del impacto del mismo sobre el sector agrícola. De esta parte se desprende que el comercio de los países de la Comunidad Andina firmantes del ALC vería aumentar su grado de concentración en los flujos bilaterales con Estados Unidos, a expensas del comercio con otras regiones (con la excepción de aquellas con las cuales se implementan simultáneamente acuerdos de libre comercio). En contraste, el comercio de Venezuela se desconcentra de forma moderada, especialmente gracias a un aumento del comercio bilateral con Brasil (aparentemente en virtud del acuerdo CAN-MERCOSUR). Un corolario de este resultado es el deterioro del comercio intracomunitario. La única excepción a esto es el comportamiento del comercio bilateral de y con Perú, efecto que se debe a la coincidencia parcial de sus procesos de liberalización comercial con los otros países comunitarios y con Estados Unidos.

El análisis de escenarios alternativos de desgravación del sector agrícola en el marco del ALC con Estados Unidos arroja resultados con diferencias de alguna significación a nivel de subsectores específicos. Sin embargo, en el agregado macroeconómico, las diferencias que estos tratamientos generan son despreciables y puede resultar cuestionable la utilidad general de hacer un esfuerzo negociador considerable en obtener una forma particular de tratamiento especial para estos subsectores considerados sensibles.

En síntesis, el estudio proporciona información valiosa para apreciar tanto la dinámica de los procesos concurrentes de liberalización comercial en que están empeñados los países miembros de la Comunidad Andina, como los impactos potenciales del ALCA y del ALC con Estados Unidos. Esta información debe ser de la mayor utilidad para apoyar los procesos de formulación de política doméstica necesarios para acompañar el ajuste de sus economías a las nuevas condiciones de protección. Sin embargo, los resultados del estudio son limitados para servir al fin de evaluar de forma integral las ventajas y desventajas de los procesos de liberalización en curso.

ÍNDICE DE CONTENIDO

Introducción

1. Modelo Empleado
 - 1.1 Características Básicas del Modelo
 - 1.2 Base de Datos
2. Procedimiento Metodológico Seguido
 - 2.1 Estrategia de Regionalización
 - 2.2 Agregación Sectorial
 - 2.3 Incorporación de Acuerdos Comerciales Preexistentes
 - 2.4 Ajuste del Año Base para las Simulaciones
3. Escenarios Centrales
 - 3.1 Contexto General para los Escenarios
 - 3.2 Descripción de los Escenarios
4. Principales Resultados Macroeconómicos
 - 4.1 Efectos sobre el Bienestar
 - 4.1.1 Derivados del ALCA
 - 4.1.2 Derivados del ALC
 - 4.2 Efectos sobre la Producción
 - 4.3 Efectos sobre la Balanza Comercial y la Inversión
 - 4.4 Efectos sobre los Flujos Comerciales
 - 4.5 Efectos sobre los Retornos a los Factores
5. Síntesis de los Resultados de los Escenarios
6. Nota Introductoria al Análisis Detallado del Escenario ALC
7. El Marco Conceptual del Ajuste de la Economía
8. Los Efectos de Bienestar Vistos a Nivel Sectorial
 - 8.1 Efectos en la Asignación de los Recursos
 - 8.2 Efectos en los Términos de Intercambio
9. Cambios en la Balanza Comercial y en los Flujos de Comercio
 - 9.1 Balanza Comercial, y Comercio con los Estados Unidos
 - 9.2 Cambios en el Comercio Intracomunitario
10. Cambios en la Producción a Nivel Sectorial
11. Los Efectos Diferenciales de Tres Alternativas de Desgravación del Sector Agropecuario
 - 11.1 Efectos sobre el Bienestar
 - 11.2 Efectos sobre la Producción
 - 11.3 Efectos sobre la Remuneración a los Factores

13. Algunas Recomendaciones Básicas para los Negociadores

Tablas Anexas

Anexo «Escenarios» Adicionales:

Statu Quo sin ATPDEA

ALC con Desempleo de Trabajo no Calificado

Análisis de Sensibilidad del Escenario ALC

IMPACTO DE LAS NEGOCIACIONES HEMISFÉRICAS: IMPLICACIONES EN ACCESO A MERCADOS

Introducción

El objetivo general de este estudio es medir los principales impactos económicos ocasionados por la liberalización de bienes agrícolas y no agrícolas, como resultado de las negociaciones del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y el Acuerdo bilateral con Estados Unidos (ALC), en las economías de los países miembros de la Comunidad Andina.

De una forma más general, el estudio analiza el impacto producido por los procesos de liberalización comercial que afectan las economías de los países andinos. Para el propósito, se han identificado los escenarios más relevantes desde el punto de vista de su probabilidad de ocurrencia. Todos ellos tienen en común el desarrollarse a partir de las condiciones que les determinan los procesos de liberalización ya emprendidos (la situación que denominamos de Statu Quo). Por esta razón, el examen de los escenarios toma como punto de referencia el resultado generado a partir de allí.

El examen de los principales efectos macroeconómicos de los escenarios de liberalización comercial se presenta en la primera parte del informe. De ellos, el de más probable ocurrencia en el corto o mediano plazo es la suscripción del Acuerdo de Libre Comercio entre parte de los países de la Comunidad Andina y los Estados Unidos. Por esto, la segunda parte del estudio explora con mayor detalle sus efectos, proporcionando una visión de su impacto sobre los diferentes sectores de la economía. De esta forma se cumple con el propósito adicional de contar con un mayor énfasis con respecto al sector agropecuario, teniendo en consideración algunos de los instrumentos de política comercial comunitaria que les son propios.

Como se desprende de lo anterior, el estudio comprende dos partes. En la primera se examinan los escenarios identificados y sus principales efectos macroeconómicos. Estos escenarios incluyen una situación de Statu Quo, en la cual simplemente se finaliza la implementación de los acuerdos firmados a la fecha; una situación en la que se implementa el ALCA sin ninguna restricción; una situación hipotética de liberalización comercial en el Hemisferio, en la que se excluyen los sectores agrícolas sensibles (ALCA con Sensibles); y una situación en la que se negocia el ALC con Estados Unidos pero no hay negociación ALCA.

En la segunda se ilustran los efectos del escenario ALC a nivel sectorial y se exploran tres variantes de desgravación para el sector agropecuario. Estas variantes tienen como propósito aproximarse a los efectos del acuerdo sobre el más importante instrumento de política sectorial comunitaria, el Sistema Andino de Franjas de Precios (SAFP)¹. Es necesario admitir de entrada que esta es una aproximación algo burda al tema. Sin embargo, consideramos que es ilustrativa y muy útil, por cuanto muestra la magnitud relativa de los efectos que se obtendrían para el sector agropecuario y la economía en general, de mantener algún nivel de protección diferencial para estos sectores. En esa medida, sus resultados deben ser de gran interés.

Las variantes arriba mencionadas para el tratamiento a los sectores agropecuarios sensibles, aproximadamente coincidentes con los bienes cubiertos por el SAFP, son las siguientes. Un escenario de exclusión de estos sectores en el ALC; un escenario en el que a estos sectores se aplica una desgravación parcial; y, un escenario en el que para ellos se desgrava únicamente el arancel fijo (por tanto, esta opción simula el mantenimiento del sistema de franjas).

La aproximación metodológica más consistente con los objetivos del estudio es el empleo de un modelo de equilibrio general computable. Como se explica en su momento, hemos usado el modelo multi-región GTAP, desarrollado en la Universidad de Purdue. Este es un modelo de amplio uso y reconocimiento a nivel internacional, particularmente en el ámbito del análisis de problemas relacionados con el comercio internacional a nivel global. En este caso, el modelo corre sobre la base de datos versión 5.4 que tiene como año base para la economía mundial a 1997.

El modelo, como es obvio para nuestras necesidades, permite discriminar flujos bilaterales de comercio. De esta forma se pueden capturar, por una parte, tanto los efectos propios de los eslabonamientos productivos de la economía (tanto en el ámbito de la reasignación de recursos como de sus efectos multiplicadores) como aquellos derivados de los cambios esperables en los términos de intercambio. De la misma manera, es posible aislar los efectos de la liberalización comercial *vis a vis* de los socios comerciales escogidos para los diferentes escenarios a analizar.

Es importante mencionar, sin embargo, cuáles son las principales limitaciones que un análisis como éste tiene. En primer lugar, la base de datos del GTAP (y para el efecto prácticamente cualquier base de información) no tiene información sobre las barreras al comercio en servicios. En consecuencia el análisis se limita al comercio en mercancías. En segundo lugar, este tipo de análisis de los procesos de liberalización comercial se concentra en los cambios inducidos en las economías y en sus patrones de comercio a partir de las situaciones que toma como punto de partida. Por tanto, la aparición de nuevas líneas de comercio y de flujos de actividad económica y de información que se incentivan con estos procesos, y sus efectos sobre la economía, no son tomados en cuenta². Finalmente, y aun cuando es discutible que sea efectivamente una limitación, hemos usado la versión estándar del GTAP, caracterizada por rendimientos constantes a escala. Se puede discutir acerca de si esta es la mejor forma de caracterizar varias de las industrias que tienen importancia en la economía y sobre la posible conveniencia de adoptar una aproximación diferente (como los rendimientos crecientes a escala). A nuestro juicio, la vía que hemos tomado es conveniente y razonable. Adicionalmente, la implementación de su alternativa no era posible en el término de tiempo disponible para la realización del estudio.

¹ La referencia hecha al SAFP incluye el mecanismo de estabilización empleado por Perú. Por simplicidad de expresión, en adelante nos referiremos a los dos sistemas de estabilización de forma general como SAFP.

² En algunos modelos se incluyen variantes que permiten tomar en consideración el efecto esperado del comercio sobre la productividad de los factores, por ejemplo. Sin embargo, en este caso no se ha hecho ninguna modificación de este tipo al modelo.

Los resultados básicos del estudio indican que los cambios netos de bienestar que se obtienen de los diferentes escenarios, no presentan una coincidencia alta en cuanto a la dirección de los mismos para los países de la Comunidad Andina. Forzando un tanto los resultados, podría decirse que Colombia, Perú y Ecuador-Bolivia tienden a derivar pérdidas de bienestar en tanto que Venezuela muestra ganancias con el ALCA y pérdidas con el ALC.

Los términos de intercambio juegan un papel importante en la determinación de estos resultados. En general se mueven en contra del bienestar de estas economías, con la muy notoria excepción de Venezuela. Un factor importante en la determinación de los resultados es que las economías andinas se han beneficiado en el pasado, hasta cierto punto, de la desviación de comercio que estaba implícita en los acuerdos comerciales que han suscrito. Con la mayor liberalización que los acuerdos simulados conllevan, estas ganancias se deterioran y, de alguna forma, tienden a volver a su «real» dimensión.

Los sectores «ganadores» y «perdedores» en las economías de estos países no difieren de los que han sido identificados en otros estudios similares en el pasado³. Para Colombia y Perú se identifican como sectores con los mayores aumentos relativos en su nivel de producción, las confecciones, los textiles y el azúcar; para Venezuela, la maquinaria y equipo, los derivados de las fuentes de energía y los minerales; para Ecuador-Bolivia, las semillas oleaginosas, las fibras vegetales y el azúcar. Por lo que hace a los sectores con los mayores decrecimientos relativos se tiene el sector de vehículos automotores y equipo de transporte en todos los casos, los cereales y el trigo para Colombia y Ecuador-Bolivia, los aceites vegetales para Perú y el arroz y los productos relacionados con la agricultura para Venezuela.

Cuando se toman en consideración las diferentes alternativas de desgravación modeladas para los sectores agropecuarios sensibles en el escenario ALC, se encuentra que sus efectos sobre el PIB son despreciables. Este es un resultado esperable si se considera que la participación de estos sectores en el producto nacional es baja. En lo que se refiere a los niveles de bienestar, se tiene que la desgravación del arancel fijo (manteniendo el arancel variable del SAFF) es la mejor opción para Colombia y Perú, en tanto que para Ecuador-Bolivia lo son bien la exclusión o la desgravación parcial. Para Venezuela estos escenarios no producen cambios de importancia. Con respecto a los efectos sobre la remuneración real a los factores, para la totalidad de los países andinos se tiene que los únicos agentes que se beneficiarían con el logro de un cierto nivel de protección a los sectores agropecuarios sensibles son los propietarios de la tierra.

El informe está organizado en dos partes. La primera presenta los resultados del análisis de los diferentes escenarios de liberalización comercial y la segunda los resultados del análisis más detallado del ALC. En la primera parte se incluyen secciones que presentan la metodología seguida para el estudio, tanto desde el punto de vista del modelo empleado como del de la implementación de los escenarios. A continuación se presentan los principales efectos macroeconómicos de éstos (bienestar, producción, balanza comercial e inversión, flujos comerciales y retornos a los factores). La parte concluye con una síntesis de los resultados.

La segunda parte se inicia con una presentación esquemática del proceso de ajuste que sigue la economía después de un episodio de liberalización. Posteriormente se desarrollan los efectos sobre el bienestar desde el punto de vista sectorial, sobre la balanza comercial y los flujos de comercio, sobre la producción a nivel sectorial y se presentan los resultados de

³ Es importante advertir acá que los escenarios suponen completa liberalización del comercio.

las alternativas de desgravación de los sectores agropecuarios sensibles. Por último se incluyen unas conclusiones generales y unas recomendaciones básicas para los negociadores.

Para concluir, los autores desean agradecer los comentarios e ideas que, en distintos momentos del desarrollo del estudio, recibieron de las siguientes personas: Gladis Genua, Alberto Lora, Nelson Villoria y Jorge Tello, funcionarios de la Secretaría General de la Comunidad Andina; Paolo Giordano y Masakazu Watanuki, funcionarios del Banco Interamericano de Desarrollo. Por supuesto, cualquier error u omisión es responsabilidad exclusiva de los autores.

PARTE I

EL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO DE LAS AMÉRICAS Y EL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO CON ESTADOS UNIDOS COMO CAMINOS DE LIBERALIZACIÓN COMERCIAL PARA LA CAN

1. MODELO EMPLEADO

Este estudio utiliza el modelo de Equilibrio General Computable GTAP (Global Trade Analysis Project) (Hertel, 1997). El modelo, desarrollado por la Universidad de Purdue, es ampliamente usado por agencias internacionales y gobiernos en la evaluación de políticas de comercio y liberalización debido a su consistente marco de referencia.

1.1 CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL MODELO

El modelo GTAP de comercio global es un modelo multi-regional que incluye un tratamiento explícito del comercio internacional y márgenes de transporte, un sistema (banco global) diseñado para mediar entre ahorros mundiales e inversiones, y un relativamente sofisticado sistema de demanda del consumidor diseñado para capturar respuestas diferenciales por países o regiones a precios e ingresos. Como está documentado en Hertel (1997) y en el sitio de internet de GTAP⁴, el modelo incluye: demanda de bienes para consumo final, uso intermedio, y consumo del gobierno, demanda de insumos de producción, oferta de insumos y bienes, y comercio internacional en bienes y servicios. El modelo emplea los simples pero robustos supuestos de competencia perfecta y retornos constantes a escala en actividades de producción. Los flujos de comercio internacional son acomodados usando el supuesto de Armington, el cual permite que los productos sean diferenciados exógenamente por su región de origen.

El modelo es implementado usando el software GEMPACK, desarrollado en el Centro de Estudios de Políticas, en la Universidad de Monash, bajo la dirección de Ken Pearson.

Para los experimentos llevados a cabo se emplea un cierre (closure) de equilibrio general, que permite un completo ajuste de la economía. Bajo este cierre todos los mercados se

⁴ <http://www.gtap.agecon.purdue.edu/products/models/>

encuentran en equilibrio, todas las firmas obtienen cero beneficios y el hogar representativo de la región se encuentra sobre su restricción presupuestal.

1.2 BASE DE DATOS

Este estudio está basado en la base de datos GTAP versión 5.4 (Dimaranan and McDougall, Octubre 2003) la cual tiene 1997 como año de referencia para la economía global. La base de datos GTAP combina detalladamente datos en comercio bilateral, transporte y protección caracterizando las interrelaciones económicas entre regiones, junto con bases de datos insumo-producto (tablas de I-O, input-output) individuales por países, las cuales describen las relaciones intersectoriales al interior de las regiones.

2. PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO SEGUIDO

A continuación se describe de una forma sucinta el procedimiento que se ha seguido para preparar la realización de las simulaciones.

2.1 ESTRATEGIA DE REGIONALIZACIÓN

La versión 5.4 de la base de datos del GTAP contiene un total de 78 regiones. Para propósitos del estudio, estas regiones se han aglutinado en 21 nuevas regiones, de acuerdo con dos criterios básicos. Dichos criterios tienen que ver con la estructura actual del comercio comunitario y con la conformación de los principales acuerdos comerciales existentes. Es decir, la regionalización busca respetar como regiones individuales tanto los principales destinos y orígenes de los flujos comerciales de los países de la CAN, así como los principales socios comerciales de los países del hemisferio con los cuales se han suscrito acuerdos comerciales.

De esta forma, los análisis permiten tomar en consideración los cambios inducidos por la subsecuente liberalización comercial sobre los más importantes flujos de comercio y reflejar, hasta donde es posible, el impacto de los procesos de liberalización que se han culminado o están en curso. Por supuesto, esta regionalización se enfrenta a las limitaciones impuestas tanto por la base de datos misma como por la necesidad de tener un modelo de dimensiones manejables. Las regiones empleadas en el modelo se enumeran enseguida y se describen en la Tabla 1 del Apéndice.

Regiones: Japón, China, Corea, Resto de Asia, Canadá, Estados Unidos, México, Centroamérica y el Caribe, Colombia, Perú, Venezuela, Ecuador y Bolivia, Brasil, Argentina, Resto de Suramérica, Chile, Unión Europea (15), Resto de Europa, Rusia y Antigua Unión Soviética, Oceanía, Resto del Mundo.

2.2 AGREGACIÓN SECTORIAL

De manera análoga, los 57 sectores contenidos en la base de datos se han agregado en 29 agrupaciones. El criterio de agrupación ha respondido esencialmente a tres consideraciones.

Primera, la necesidad de mantener un nivel de desagregación adecuado para el sector agropecuario. Segunda, mantener una relativa uniformidad en los niveles de protección de las agrupaciones. Tercera, el mantenimiento de una dimensión conveniente para el modelo y para el análisis.

A continuación se enumeran los sectores empleados en el modelo. En la Tabla 2 del Apéndice se describen con relación a la base de datos empleada.

Sectores: Arroz Paddy; Arroz Procesado; Trigo; Cereales; Vegetales y Frutas; Semillas Oleaginosas; Aceites Vegetales y Grasas; Azúcar; Fibras Vegetales; Otros Cultivos; Ganado; Carnes y Productos Cárnicos; Lácteos; Pesca; Otros Alimentos; Bebidas y Tabaco; Productos Relacionados con la Agricultura; Cuero y Productos del Cuero; Textiles; Confecciones; Minerales y Productos Metálicos; Fuentes de Energía; Derivados de las Fuentes de Energía; Productos Químicos y Otros Productos; Metales, Minerales Preciosos y Productos Minerales; Maquinaria y Equipos, Vehículos y Partes y Equipo de Transporte; Otras Manufacturas.

2.3 INCORPORACIÓN DE ACUERDOS COMERCIALES PREEXISTENTES

La base de datos empleada no incorpora un cierto número de preferencias comerciales existentes en el año base de la misma (1997). Por esta razón, los datos de protección para los países de interés fueron ajustados, hasta donde esto es factible, de forma que reflejaran los acuerdos o preferencias existentes en el momento. Esencialmente se incorporaron las preferencias arancelarias intra-MERCOSUR, intra-CAN, intra-CARICOM, e intra MCCA, así como las derivadas de las implementaciones parciales de los acuerdos Chile-MERCOSUR, Chile-México y el G-3. De la misma forma, se hizo una implementación aproximada del ATPA. Algunos detalles sobre estos ajustes se encuentran en la Tabla 3 del Apéndice.

Este esfuerzo por ajustar la estructura de protección de la base de datos tiene como propósito buscar la mayor coherencia posible entre ésta y los flujos comerciales registrados en el año base. De esta forma la estimación del impacto de las reducciones arancelarias, llevadas a cabo en las simulaciones, refleja con mayor fidelidad el efecto de los cambios en la estructura de protección que ellas implican. Desafortunadamente, debido a carencia de información, no fue posible incorporar la implementación parcial de los acuerdos Chile-Colombia y Chile-Venezuela. Igualmente, pero en este caso en razón de las dificultades derivadas bien de la agregación original de las regiones o de los sectores en la base de datos, no se incluyeron ajustes que reflejaran la implementación parcial del acuerdo Chile-Ecuador, ni del Sistema Generalizado de Preferencias-Drogas de la Unión Europea.

Con un criterio similar, se incorporaron ajustes a los aranceles aplicados por los países de la Comunidad Andina a los sectores que, de forma aproximada, corresponden a los productos pertenecientes al Sistema Andino de Franjas de Precios. En particular, a los sectores arroz, trigo, cereales, semillas oleaginosas, aceites vegetales, carnes, lácteos y azúcar, se les asignaron los aranceles totales anuales promedio del sistema de franjas de precios.

2.4 AJUSTE DEL AÑO BASE PARA LAS SIMULACIONES

La incorporación de los ajustes mencionados arriba al año base para las simulaciones se hizo mediante el procedimiento *Altertax* del modelo. Este procedimiento emplea el modelo mismo para la introducción de las correcciones, mediante la realización de una corrida de éste en la cual los impuestos (aranceles) se establecen al nivel deseado y la base así actualizada se usa para hacer las simulaciones. Para esto se emplea un cierre (*closure*) especial del modelo y un conjunto especial de parámetros, que aseguran que la simulación en la cual se ajustan los impuestos deja las participaciones de otros costos y ventas con las menores modificaciones posibles. El cierre, entonces, fija los balances comerciales regionales y sus parámetros mantienen la estructura presupuestal fija.

3. ESCENARIOS CENTRALES

En esta sección se presentan y describen los escenarios centrales que se han considerado para la parte general del estudio. Como se mencionó, se trata de un conjunto de cuatro escenarios que se considera proporcionan una visión adecuada de los impactos potenciales de la conformación del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y del Acuerdo de Libre Comercio (ALC) de parte de los países de la Comunidad Andina con los Estados Unidos.

3.1 CONTEXTO GENERAL PARA LOS ESCENARIOS

Tanto el ALCA como el ALC comparten un mismo contexto. Este es dado por dos situaciones relacionadas. En primer lugar, la finalización de los períodos de implementación de los acuerdos que se encontraban en curso en el año base empleado para el estudio (1997). En segundo lugar, el conjunto de acuerdos comerciales que han suscrito los diferentes países del Hemisferio desde ese año y que se encuentran, bien en período de implementación o en proceso de ratificación para el inicio de la misma. Unos y otros generarán un cierto estado de liberalización comercial al que se sumarán los efectos de los primeros. Es decir, los impactos del ALCA y del ALC deben leerse como «marginales» a este relativamente vasto conjunto de acuerdos comerciales.

Por lo anterior, los escenarios de liberalización bajo el ALCA y el ALC requieren siempre tomar en consideración la liberalización inducida por los acuerdos existentes, o en proceso. Para el efecto, en el estudio se asume lo siguiente:

- Para los acuerdos vigentes o en curso a 1997, los países miembros del MERCOSUR, la CAN (incluido Perú) y el TLCAN, liberalizan sin excepciones su comercio. Otro tanto ocurre en los acuerdos Chile-MERCOSUR, Chile-México, G-3, Chile-Colombia, Chile-Venezuela. Finalmente, el Acuerdo Multifibras de la OMC es implementado en su totalidad.
- Se implementan los siguientes acuerdos comerciales, firmados en, o con posterioridad a, 1997 y se asume que llevan a la completa liberalización del comercio: Canadá-Chile, Chile-Centroamérica, Chile-Corea, Chile-Unión Europea, Chile-Estados Unidos, México-Unión Europea, México-Centroamérica, Chile-Perú, CAN-MERCOSUR, Estados Unidos-Centroamérica⁵.

3.2 DESCRIPCIÓN DE LOS ESCENARIOS

A continuación se describen los cuatro escenarios considerados para la parte general del estudio. Con los mismos se busca ilustrar diferentes aspectos relevantes de los procesos de liberalización comercial concurrentes en el Hemisferio y, en particular, del ALCA y el ALC con los Estados Unidos. Como es obvio, la presentación de los resultados obtenidos de estos escenarios, realizada en la sección siguiente, se centrará en los impactos generales sobre las economías de los países de la Comunidad Andina. La tabla a continuación enumera y describe sumariamente los escenarios empleados.

⁵ El acuerdo Estados Unidos - Australia no se implementa debido a que este último país se ha agrupado en Oceanía; los acuerdos Chile - EFTA y México - EFTA no se implementan debido a que los países de la EFTA se han agrupado con las economías europeas en transición, en el grupo Resto de Europa; finalmente, el acuerdo Brasil-México no se implementa debido a que es de alcance muy limitado.

Tabla 1. Escenarios Simulados

Escenario	Descripción
1. Statu Quo	Este escenario simula los efectos de los procesos de liberalización en curso (enumerados en el apartado 4.1). Es decir incluye los efectos de los principales acuerdos firmados a la fecha, pero no contempla la ejecución del ALCA.
2. ALCA	A la finalización de los acuerdos firmados a la fecha, en este escenario se agrega la implementación del ALCA. Este se entiende como la eliminación completa de todos los aranceles al comercio de mercancías entre los países del Hemisferio Occidental.
3. ALCA con sensibles	Similar al escenario ALCA, con la salvedad de que se excluyen por completo del proceso de liberalización los bienes agrícolas considerados sensibles (arroz, trigo, cereales, semillas oleaginosas, aceites vegetales, carnes, lácteos y azúcar). Debe notarse que en este escenario estos bienes se consideran excluidos de todos los acuerdos implementados después de 1997 (incluyendo las porciones restantes por implementación de aquellos que tuvieron implementación parcial a ese año).
4. ALC sin ALCA	Este escenario es una variante del escenario de Statu Quo. En él se considera que se implementan los acuerdos firmados hasta la fecha y que a éstos se agrega el ALC entre Colombia, Ecuador-Bolivia y Perú con los Estados Unidos. En este caso se asume que el ALCA no se ejecuta.

4. PRINCIPALES RESULTADOS MACROECONÓMICOS

En esta sección se presentan los principales efectos que los escenarios centrales de liberalización comercial tienen sobre las economías de las regiones consideradas, con particular atención a los países miembros de la Comunidad Andina. La discusión de los resultados se concentra en: (a) los efectos sobre el estado de bienestar, que es la medida más relevante para apreciar el efecto global de la liberalización; (b) los efectos sobre el Producto Interno Bruto y sus componentes desde el punto de vista del gasto; (c) los cambios en la balanza comercial y la inversión; (d) los efectos sobre los flujos de comercio; y (e) los efectos sobre la remuneración real a los factores productivos.

4.1 EFECTOS SOBRE EL BIENESTAR

La teoría económica neoclásica predice en general la obtención de ganancias netas de bienestar como consecuencia de la liberalización comercial. En un contexto estático, como el de este modelo, las ganancias provienen de la mayor eficiencia en la asignación de recursos en la medida en que las economías emplean sus recursos de acuerdo con la ventaja comparativa y los consumidores optimizan su utilidad sujetos a una restricción presupuestal expandida. Sin embargo, en el contexto de los procesos de integración económica (como en las zonas de libre comercio y las uniones aduaneras) el resultado arriba mencionado no necesariamente se obtiene.

Esto sucede porque las economías participantes en este tipo de acuerdos están sujetas a dos fuerzas opuestas. La *creación de comercio* genera ganancias netas de bienestar en la medida en que los países importan bienes desde los orígenes más eficientes. La *desviación de comercio*, por el contrario, genera pérdidas de bienestar en la medida en que el comercio es desviado de los orígenes más eficientes hacia aquellos que se ven favorecidos por las preferencias arancelarias. De la misma forma, en un contexto de equilibrio general, en la medida en que las economías involucradas en los acuerdos comerciales tienen la capacidad de influenciar los precios internacionales, el efecto de los términos de intercambio cobra importancia en la determinación de los efectos netos de un acuerdo comercial sobre el bienestar.

En resumen, de lo anterior se deduce que la pregunta acerca de si una economía registra ganancias o pérdidas de bienestar como consecuencia de su participación en un arreglo discriminatorio de liberalización comercial, es una cuestión empírica. Por tanto, la teoría no puede de antemano proporcionar una respuesta inequívoca a esta pregunta. Siendo un problema esencialmente empírico, sólo el uso de modelos como el empleado en este estudio permite obtener una respuesta más o menos adecuada.

Los efectos sobre el bienestar son reportados en este estudio a través de cambios en la Variación Equivalente (EV). La EV mide cuánto tendría que cambiar el ingreso del consumidor representativo para hacerlo indiferente al cambio generado en los precios por la liberalización del comercio. De esto se deriva que valores positivos (negativos) de la EV representan un aumento (disminución) en el bienestar (la riqueza) del hogar representativo.

Las diferencias en el bienestar regional debidas a reformas en la política comercial, pueden ser explicadas por efectos en la asignación de recursos y efectos en los términos de intercambio⁶. Los efectos en la asignación de recursos son debidos a efectos de segundo-mejor, beneficiándose una región cuando experimenta un aumento en la actividad de industrias que son sujetas a aranceles (impuestos) y perjudicándose cuando esta expansión ocurre en industrias subsidiadas. Los términos de intercambio son producto de los cambios en los precios de exportación de un país, con relación a los precios de importación. Un país se beneficia de un incremento en el precio de sus exportaciones y se perjudica de un aumento neto en los precios de los bienes que importa.

El impacto sobre el bienestar regional resultante como consecuencia de la implementación de los acuerdos comerciales firmados en el Hemisferio a la fecha, es presentado en la Tabla 2. Para servir de ilustración, esta tabla también reporta la magnitud relativa de estos cambios con respecto a los correspondientes productos internos brutos de cada región. En otras palabras, estas cifras indican la forma cómo el bienestar varía en el escenario de Statu Quo, con respecto a aquel que se experimentaba en 1997.

⁶ Huff, Karen M. and Thomas W. Hertel. 1996. «Decomposition of Welfare Effects in the GTAP Model.»GTAP technical Paper No 5, Center for Global Trade Analysis, Purdue University, Indiana, USA.

**TABLA 2. Efecto de los Acuerdos Firmados a la Fecha
Sobre el Bienestar Escenario Statu Quo**

Región	Variación Equivalente (EV) *	Variación Equivalente (EV) *
Japón	-1,606	-0.04
China	1,937	0.23
Corea	-445	-0.10
Resto Asia	-2,499	-0.15
Canadá	1,216	0.19
Estados Unidos	6,597	0.08
México	352	0.09
Centro A y C	929	1.00
Colombia	43	0.04
Perú	48	0.07
Venezuela	-37	-0.04
Ecuador - Bolivia	-100	-0.36
Brasil	2,503	0.32
Argentina	2,946	0.91
Resto S América	29	0.10
Chile	606	0.80
Unión Europea	1,682	0.02
Resto Europa	-259	-0.03
Rusia Ant US	-84	-0.01
Oceanía	-121	-0.03
Resto Mundo	-1,930	-0.13

* medido en millones de dólares de 1997

** como porcentaje del Producto Interno Bruto en 1997

Fuente: simulaciones de los autores

En concordancia con estudios empíricos similares, el impacto relativo de los acuerdos sobre el bienestar es modesto. Las únicas regiones que experimentan cambios en su nivel de bienestar cerca del 1% de su PIB son Centro América y el Caribe (1.0), Argentina (0.91) y Chile (0.8). La mayor parte de las regiones localizadas fuera del Hemisferio registra pérdidas de bienestar que están asociadas a movimientos adversos en los términos de intercambio y, en algunos casos, a efectos negativos derivados de la desviación de comercio que llevan a la introducción de distorsiones en la asignación de recursos (ver Tabla A.4 en los anexos, para una descomposición detallada del bienestar). Excepciones a este resultado negativo sobre el bienestar las proporcionan los casos notables de China y la Unión Europea.

Dentro del Hemisferio las únicas regiones que presentan efectos negativos netos de bienestar son Venezuela y Ecuador-Bolivia. En el caso de Venezuela este resultado es determinado principalmente por pérdidas originadas en la asignación de recursos. Por su parte, en el caso de Ecuador-Bolivia se registran pérdidas tanto en la asignación de recursos como por movimientos adversos en los términos de intercambio. Analizando en detalle estos resultados, se tiene que las pérdidas en el caso de Venezuela se generan en la inmensa mayoría de sectores; de hecho, sólo cuatro de éstos presentan ganancias por asignación de recursos y su peso relativo en la economía es reducido. Por lo que hace al caso de Ecuador-Bolivia, diecinueve sectores presentan pérdidas por asignación de recursos en tanto que los diez restantes tienen ganancias⁷.

Perú y Colombia en mayor grado, muestran un modesto efecto positivo de bienestar. Las dos regiones experimentan pérdidas por concepto de cambios en los términos de intercambio, sin embargo las ganancias originadas en la asignación de recursos superan las pérdidas produciendo un efecto positivo neto en estas economías. En el caso de Colombia 9 sectores muestran efectos negativos de asignación de recursos, el más notable en el sector de vehículos y equipo de transporte, al paso que las ganancias de los restantes veinte sectores arrojan un balance positivo. El sector confecciones enseña las mayores ganancias por este concepto. Por lo que hace a Perú, 8 sectores registran pérdidas que, en ningún caso, son de niveles elevados. Entre los sectores con ganancias por asignación de recursos, el que genera resultados más notables es el de derivados de las fuentes de energía.

En síntesis, Colombia y Perú podrían esperar modestas ganancias de bienestar como consecuencia de la implementación de los acuerdos comerciales firmados a la fecha en el Hemisferio, en tanto que para Venezuela y Ecuador-Bolivia éstos serían negativos.

En este punto es conveniente introducir los resultados obtenidos de los otros escenarios considerados. Para el propósito, la Tabla 3 muestra los efectos sobre el bienestar originados en los mismos.

⁷ Las tablas con la información base para estas afirmaciones no se incluyen en el reporte. Esto se ha decidido así con el fin de mantener una dimensión manejable del mismo y mantener el énfasis en los aspectos considerados centrales al mismo. Por supuesto, tanto esta como otras informaciones que sean de interés del lector están disponibles y se pueden obtener solicitándolas a los autores. La misma observación se aplica en otros casos a lo largo del texto.

**Tabla 3. Efectos de los Escenarios Considerados
Sobre el Bienestar**

Región	Escenario*		
	ALCA	ALCA con sensibles	ALC sin ALCA
Japón	-1,868	-1,791	-1,617
China	1,758	1,787	1,923
Corea	-616	-594	-470
Resto Asia	-2,713	-2,630	-2,530
Canadá	1,274	958	1,136
Estados Unidos	10,203	9,500	7,597
México	549	434	286
Centro A y C	900	741	867
Colombia	-117	-121	-75
Perú	13	12	17
Venezuela	392	380	-70
Ecuador - Bolivia	-83	-69	-142
Brasil	2,997	2,945	2,333
Argentina	2,109	2,023	2,873
Resto S América	16	-6	21
Chile	547	566	575
Unión Europea	267	350	1,581
Resto Europa	-311	-327	-266
Rusia Ant US	-136	-132	-96
Oceanía	-201	-110	-138
Resto Mundo	-2,068	-1,990	-2,007

* medido en millones de dólares de 1997
Fuente: simulaciones de los autores

4.1.1 DERIVADOS DEL ALCA

Como consecuencia de la adopción del escenario ALCA, los resultados de bienestar para las regiones localizadas fuera del Hemisferio Occidental son similares a los obtenidos en el Statu Quo. Es decir, experimentan pérdidas de bienestar con la excepción de China y la Unión Europea. En el continente, el ALCA produce resultados variados si se compara con el resultado obtenido en el Statu Quo. Canadá, Estados Unidos, México, Venezuela, Ecuador-Bolivia y Brasil presentan incrementos consistentes en el bienestar. Centroamérica y el Caribe, Colombia, Perú, Argentina, Resto de Suramérica y Chile registran pérdidas. En el caso particular de Colombia, estas pérdidas llevan a la obtención de pérdidas netas de bienestar, siendo el único caso en que esto sucede. Con todo, las únicas regiones del hemisferio que presentan pérdidas de bienestar como consecuencia del ALCA son Colombia y Ecuador-Bolivia.

Al comparar los resultados del escenario de Statu Quo con los del ALCA, se observa que, con las excepciones de Argentina y Chile, los países del hemisferio presentan mejoría en los resultados por asignación de recursos. Este podría ser un indicador del descenso de las distorsiones ocasionadas por la liberalización discriminatoria implícita en el Statu Quo. Como es de esperar, el resultado en términos de variaciones en los términos de intercambio es mixto. Estos mejoran para Canadá, Estados Unidos, México, Venezuela y Resto de Suramérica y se deterioran para el resto de regiones siendo notorio el caso de Argentina.

Por su parte, la variante de un ALCA con productos sensibles ocasiona resultados de bienestar inferiores a los del ALCA para todos los países del hemisferio, con las excepciones de Ecuador-Bolivia y Chile⁸. En los dos casos este resultado depende de movimientos favorables en los términos de intercambio, que son suficientes para sobre-compensar las menores ganancias (pérdida en el caso de Chile) por concepto de asignación de recursos.

Los países miembros de la CAN presentan situaciones diferentes. Sin embargo, bajo cualquiera de los escenarios del ALCA, Colombia y Ecuador-Bolivia presentan pérdidas de bienestar (aunque las de esta última región son menores que las que obtiene bajo el Statu Quo), Perú registra ganancias de un nivel similar pero menores a las del Statu Quo, y Venezuela presenta ganancias diez veces mayores, en nivel absoluto, a las pérdidas que deriva en el Statu Quo. Los resultados muestran que no existe una diferencia verdaderamente significativa entre liberalizar o no los productos agrícolas considerados sensibles. La Tabla 4 presenta una comparación del bienestar en cada uno de los países andinos con y sin la liberalización de productos sensibles en la negociación del ALCA.

Tabla 4. Descomposición del Bienestar (EV) como Resultado del Escenario ALCA y ALCA con Productos Agrícolas Sensibles en los Países Andinos

Escenarios	Colombia		Perú		Venezuela		Ecuador-Bolivia	
	ALCA	ALCA con sensibles	ALCA	ALCA con sensibles	ALCA	ALCA con sensibles	ALCA	ALCA con sensibles
Asignación de recursos	88	61	145	133	45	37	19	9

Términos de comercio

precio mundial	-28	-25	-21	-18	25	26	12	15
precio de exportaciones	-141	-121	-75	-67	290	286	-69	-50
precio de importaciones	-9	-10	-28	-28	-10	6	34	33
Subtotal	-178	-156	-124	-113	-305	-306	-90	-68
EV	-118	-121	-13	-12	392	380	-83	-69

Fuente: simulaciones de los autores

⁸ Como se recordará, los productos sensibles como han sido definidos en este contexto son todos de origen agropecuario.

La disminución en el bienestar de Colombia corresponde a la erosión de su acceso preferencial a algunos mercados, sugiriendo que el país se ha beneficiado y se beneficia de la desviación de comercio que los acuerdos previos han generado. Analizando en detalle la descomposición del bienestar, Colombia experimenta movimientos adversos en sus términos de intercambio, que dominan los efectos positivos que se perciben en una mejor asignación de recursos como consecuencia de la política de liberalización. Los efectos negativos en los términos de intercambio son principalmente ocasionados por una disminución relativa de los precios de los productos de exportación del país.

La implementación del ALCA en Perú no tiene un impacto de gran consideración, principalmente porque el deterioro en los términos de intercambio es compensado casi en su totalidad por una mejor asignación de sus recursos y porque el valor relativo de sus exportaciones no es afectado grandemente. Este resultado sugiere que Perú se ha beneficiado en menor medida de la desviación de comercio generada en el pasado, posiblemente porque sus exportaciones en este marco han tenido una mejor correspondencia con sus ventajas comparativas. No obstante, los incrementos experimentados en el bienestar por mejor asignación de recursos en los escenarios del ALCA, sugieren que la estructura de su economía presenta un buen margen para ganar en eficiencia.

En primera instancia la situación de Ecuador-Bolivia se presenta similar a las de Colombia y Perú, en cuanto existe un deterioro en el bienestar como producto de las opciones de ALCA consideradas. Sin embargo, esta región experimenta un beneficio bajo estos escenarios con relación al Statu Quo. Esto implicaría que la región no se ha beneficiado de la desviación de comercio como los países andinos anteriormente analizados y que éstos experimentan una pérdida relativa de sus posiciones preferenciales en favor de Ecuador-Bolivia. Esto, sin embargo, no sucede necesariamente de una forma directa. La liberalización comercial con otros países del hemisferio puede estar generando este mejor resultado para la región, lo que indicaría que ésta puede haber sido poco agresiva en el pasado para liberalizar su comercio en la dirección que es de su mejor conveniencia. El escenario ALCA con exclusión de los productos agrícolas sensibles provee las mejores condiciones relativas para esta región. En general, los resultados de bienestar para la región son resultado de un balance entre la mejor asignación de recursos y los movimientos en los términos de intercambio, que terminan siendo dominantes.

Finalmente, para Venezuela se tienen unos resultados similares a los de Ecuador-Bolivia en cuanto que su posición mejora bajo los escenarios ALCA. Sin embargo, en este caso las condiciones son fundamentalmente diferentes ya que la región pasa de tener pérdidas modestas de bienestar a ganancias que, aunque modestas también, son de un orden de magnitud muy superior. En el Statu Quo, Venezuela presenta importantes pérdidas en la asignación de recursos. Bajo los escenarios del ALCA este componente de las fuentes del bienestar genera resultados positivos. No obstante, la fuerza determinante de las ganancias son los cambios favorables en los términos de intercambio. En particular, Venezuela se beneficia de un notable incremento en los precios relativos de sus exportaciones, mientras que el precio de sus importaciones baja levemente como consecuencia de la liberalización del comercio.

Una síntesis de los resultados encontrados para los países miembros de la CAN, indica lo siguiente:

- El Statu Quo genera aumento en el bienestar para Colombia y Perú, en tanto que produce efectos negativos para Ecuador-Bolivia y Venezuela.

- La implementación del ALCA induce pérdidas netas para Colombia y Ecuador-Bolivia. Su efecto es mayor en el caso de Colombia en términos absolutos y menor en términos relativos. No obstante, para Ecuador-Bolivia los escenarios ALCA generan un mejor resultado que el Statu Quo.
- Perú presencia una disminución en su nivel de bienestar al pasar del Statu Quo a los escenarios ALCA. La exclusión de los productos agropecuarios sensibles del programa de desgravación prácticamente no tiene efecto sobre esta economía.
- Para Venezuela la implementación del ALCA permitiría un aumento importante de las ganancias de bienestar (aunque las magnitudes siguen siendo relativamente pequeñas con relación al PIB, cerca del 0.5%), siendo éstas mayores en el caso en que no hay discriminación con relación a los productos agrícolas sensibles.
- Ecuador-Bolivia es la única región que obtiene una mejora en el nivel de bienestar obtenido bajo el escenario de protección de productos agrícolas sensibles (debida enteramente a los términos de intercambio).

4.1.2 DERIVADOS DEL ALC

Bajo la hipótesis de que se implemente el ALC entre Colombia, Perú y Ecuador-Bolivia con Estados Unidos, y no se implemente el ALCA, los resultados de bienestar generados para la totalidad de las regiones ubicadas fuera del Hemisferio Occidental son similares a los obtenidos en los escenarios anteriormente examinados. En este caso las pérdidas de bienestar (o menores ganancias) son mayores que en el Statu Quo, pero menores que en los escenarios ALCA. La Tabla 5 muestra el valor absoluto del bienestar como producto del ALC de todas las 21 regiones consideradas, en esta tabla también se puede encontrar una detallada descomposición del bienestar, con una particular atención a los efectos de los términos de intercambio⁹.

Cuando se comparan los resultados de bienestar con los obtenidos en el Statu Quo, se encuentra una situación similar de deterioro para todos los países del Hemisferio que no forman parte de este acuerdo. Como es de esperar, dado el reducido tamaño relativo del comercio hemisférico involucrado, estas pérdidas de bienestar no llevan al registro de nuevas pérdidas netas de bienestar, simplemente se producen reducciones en los niveles de ganancia derivados del Status Quo. No obstante hay que resaltar que Venezuela registra un aumento en sus pérdidas de bienestar ya que su comercio se ve afectado por el ALC en mayor proporción.

Con respecto a las economías de Estados Unidos y de los países de la CAN, se observa lo siguiente: Estados Unidos es el único país que deriva ganancias de bienestar mayores bajo este escenario que bajo el de Statu Quo, aunque la magnitud de esta ganancia es pequeña con relación a su PIB (0.1 %). Este resultado proviene de un mejor acceso neto para los bienes originarios de los Estados Unidos a los mercados de Colombia, Perú y Ecuador-Bolivia, mientras que, en la otra dirección, la existencia del ATPDEA implica un mejor acceso sólo para un número reducido de bienes adicionales.

⁹ Es importante notar que los componentes del bienestar incluyen, además de la asignación de recursos y los efectos de los términos de intercambio, los originados en la posición de la economía en términos del balance ahorro-inversión. Como en este contexto nos interesa más concentrarnos en los efectos «adjudicables» a los sectores productivos, hacemos abstracción de este componente a lo largo del estudio. Esta es la razón por la cual la suma de los efectos de asignación de recursos y de los movimientos en los términos de intercambio no coincide con la EV.

Tabla 5. Descomposición del Bienestar (EV) como Resultado del Escenario ALC (en este escenario se asume que ALCA no se implementa).

	Variación Equivalente			Componentes de los Términos de Intercambio		
	Total	Asignación de Recursos	Términos de Intercambio.	Precio Mundial	Precio de Export.	Precio de Import.
Japón	-1,617	-282	-1,311	399	-349	-1,361
China	1,923	5,116	-2,690	-1,883	-515	-291
Corea	-470	-164	-301	-184	97	-214
Resto Asia	-2,530	332	-2,940	-1,603	-261	-1,076
Canadá	1,136	1,127	-18	-305	1,095	-808
Estados Unidos	7,597	1,517	5,988	2,013	-95	4,070
México	286	620	-356	-53	-201	-103
Centro A y C	867	440	532	-177	834	-125
Colombia	-75	88	-139	-26	-115	2
Perú	17	131	-107	-19	-65	-23
Venezuela	-70	-163	46	13	16	16
Ecuador-Bolivia	-142	-13	-118	13	-89	-42
Brasil	2,333	2,313	-162	-913	-3,179	3,930
Argentina	2,873	795	1,730	73	1,599	58
Resto S América	21	38	-19	-73	-644	698
Chile	575	95	481	30	553	-103
Unión Europea	1,581	731	909	1,287	-650	271
Resto Europa	-266	-81	-183	-18	-81	-84
Rusia Ant US	-96	-26	-57	107	-52	-111
Oceanía	-138	-30	-107	113	-76	-144
Resto Mundo	-2,007	-741	-1,214	-384	-304	-526

Fuente: simulaciones de los autores

Aunque también en este escenario Colombia registra pérdidas de bienestar, en este caso son de menor magnitud que bajo los escenarios ALCA. Es decir, de todos los escenarios considerados, aunque llevando a resultados negativos, éste es el que proporciona el mejor resultado para esta economía al profundizarse el proceso de liberalización comercial. El ALC para Colombia, proporciona mayores ganancias por concepto de una más eficiente asignación de recursos, sin embargo las pérdidas originadas en los términos de intercambio son mayores, produciendo un efecto neto negativo. Como se aprecia en la tabla, los precios relativos de sus exportaciones disminuyen, mientras que los precios relativos de sus importaciones aumentan levemente.

En el caso de Perú, el escenario ALC conduce a un mejor resultado de bienestar que los escenarios ALCA, pero peor que el obtenido bajo el Statu Quo. Como sucede en el caso

de Colombia, bajo el ALC la economía peruana obtiene ganancias por una más eficiente asignación de los recursos. Sin embargo, el deterioro en los términos de intercambio, de casi igual magnitud en valor, reduce estas ganancias al nivel mostrado en la tabla arriba. Con todo, del conjunto de los países andinos, la economía peruana es la que obtiene el mejor resultado de bienestar en el marco del ALC.

En el caso de Ecuador-Bolivia, la suscripción del ALC lleva a unas pérdidas de bienestar superiores a aquellas derivadas del Statu Quo. En contraste con los escenarios ALCA, el ALC no sólo no produce ganancias como consecuencia de una mejor asignación de recursos sino que genera pérdidas. Estas son incrementadas por el efecto negativo de los movimientos en los términos de intercambio, que, dicho sea de paso, son mayores que bajo cualquiera de las dos modalidades del ALCA. En conjunto, estas pérdidas llevan al registro del más grande efecto relativo sobre el bienestar en la región (0.51% del PIB).

Para Venezuela, la implementación de este escenario tiene efectos notables. Mientras que en los dos escenarios del ALCA esta economía obtiene ganancias netas de bienestar, en el caso del ALC sin ALCA registra pérdidas netas que, aunque reducidas, son casi el doble en magnitud de las que registra bajo el Statu Quo. A pesar de que es el único país andino que se beneficia bajo todos los escenarios de los cambios relativos de los precios internacionales, la firma del ALC le implica la menor obtención de ganancias por este concepto. Por lo que se refiere a la asignación de recursos, Venezuela presenta pérdidas de bienestar por este concepto, en una cuantía mayor a la que deriva del Statu Quo (hay que recordar que bajo los escenarios ALCA tiene ganancias por asignación de recursos).

Un resumen de la evaluación de los resultados de bienestar bajo este escenario se proporciona a continuación.

- Colombia experimenta un deterioro en su bienestar. Este es menor que el registrado en los escenarios ALCA, pero es un resultado claramente inferior al del Statu Quo. No obstante, cabe mencionar que el mantenimiento del Statu Quo no es una alternativa viable ni deseable. Por un lado, está completamente fuera del alcance de la voluntad política del gobierno de ese país. Por el otro, el mantenimiento de una situación que se evidencia distorsionada en términos de la asignación de recursos no es deseable. Menos aún si se tienen en consideración los potenciales efectos dinámicos asociados con la liberalización comercial que corrija esas distorsiones.
- El impacto de este escenario en Perú no es muy diferente del que se deriva de los escenarios ALCA. La economía obtiene una ganancia reducida de bienestar que, siendo ligeramente mayor que la obtenida en el ALC es inferior a la del Statu Quo. No obstante, como se mencionó en el punto anterior, el mantenimiento del Statu Quo no es una opción. Por otra parte, es de la mayor importancia mencionar que los resultados positivos de bienestar que presenta esta economía (bajo todos los escenarios considerados), son determinados en gran medida por la forma como se ha implementado el proceso de liberalización comercial en este estudio. En efecto, la liberalización del comercio peruano con los demás países andinos se da paralela y simultáneamente con la de otros acuerdos comerciales y, en este caso particular, con la del ALC. Por tanto, el ajuste que observamos en esta economía responde a estos dos procesos de liberalización y se podría conjeturar que, con una alta probabilidad, estos resultados positivos se derivan del primero de estos procesos.¹⁰

¹⁰ De hecho, es intuitivo que para los otros países andinos se presenta el resultado contrario. Es decir, sus pérdidas de bienestar están determinadas por la erosión de las ganancias que en el pasado derivaron de la apertura de su comercio al interior de la región.

- Como es esperable, de todos los escenarios considerados Venezuela obtiene los peores resultados de bienestar bajo el escenario ALC. La racionalidad de este resultado es simple: el ALC erosiona su mercado en los otros países andinos sin que tenga ganancias por mejor acceso al mercado de Estados Unidos, que le compensen estas pérdidas (no obstante el resultado no se reduce a esta explicación). Adicionalmente, bajo este escenario sus pérdidas de bienestar por asignación de recursos son las más altas y sus ganancias por movimientos de los precios internacionales son las menores.
- Como sucede en el caso de Venezuela, Ecuador-Bolivia presenta el peor resultado en términos de bienestar bajo este escenario. Aunque las pérdidas por asignación de recursos no son tan bajas como las derivadas del Statu Quo, las registradas por efecto de los términos de intercambio son las peores para todos los escenarios considerados.

4.2 EFECTOS SOBRE LA PRODUCCIÓN

Para ilustrar el impacto de los diferentes escenarios considerados sobre la producción regional de los países andinos, en la Tabla 6 se muestran los cambios porcentuales inducidos en el Producto Interno Bruto. Lo primero que debe observarse es que no existe una relación directa entre la obtención de aumentos en el PIB y la de ganancias netas de bienestar. En el caso de Perú, por ejemplo, se observan ganancias netas de bienestar bajo todos los escenarios, pero disminuciones del PIB en tres de ellos. En segundo lugar, es notoria la reducida magnitud de los cambios relativos en el PIB. En ningún caso estos superan el 0.011 por ciento del mismo. Estas magnitudes son comparables con las de los cambios en el bienestar, medidos como porcentaje de esta misma variable.

Tabla 6. Cambios Porcentuales en el PIB de las Economías Andinas Bajo los Diferentes Escenarios*

Región	Escenario			
	Statu Quo	ALCA	ALCA con sensibles	ALC sin ALCA
Colombia	0.005	-0.011	-0.009	-0.008
Perú	0.001	-0.010	-0.009	-0.008
Venezuela	-0.005	0.004	0.005	-0.009
Ecuador-Bolivia	-0.010	-0.022	-0.019	-0.023

*Las cifras corresponden a porcentajes del PIB en 1997.
Fuente: simulaciones de los autores

En el Statu Quo, los dos países que obtienen ganancias de bienestar, Colombia y Perú, también registran aumentos en el valor del PIB, en tanto que el resultado contrario se observa para las economías que pierden bienestar en el Statu Quo. En los escenarios ALCA el único país que registra crecimientos del PIB es Venezuela, para quien el bienestar también aumenta en estas condiciones. Finalmente, bajo el escenario del ALC sin ALCA todos los países presentan disminuciones en el valor de su PIB.

Por supuesto, estas variaciones del PIB se vinculan a la expansión y contracción de la producción por sectores y a los cambios concomitantes en los precios. Sin embargo, para efectos de este análisis, en lugar de observar el detalle sectorial vamos a examinar los

movimientos que experimentan los grandes componentes del PIB desde el punto de vista del gasto.

Tabla 7. Variaciones Porcentuales en los Componentes del PIB para las Economías Andinas Bajo cada uno de los Escenarios.*

Colombia					
Escenario	Consumo	Inversión	Gobierno	Export.	Import.
Statu Quo	0.01	0.01	0.01	0.04	0.05
ALCA	-0.01	0.00	-0.01	0.08	0.08
ALCA Sens.	-0.01	0.00	-0.01	0.07	0.07
ALC	-0.01	0.01	-0.01	0.08	0.08
Perú					
Escenario	Consumo	Inversión	Gobierno	Export.	Import.
Statu Quo	0.00	0.01	0.00	0.06	0.07
ALCA	-0.01	0.01	-0.01	0.11	0.12
ALCA Sens.	-0.01	0.01	-0.01	0.10	0.11
ALC	-0.01	0.01	-0.01	0.10	0.11
Venezuela					
Escenario	Consumo	Inversión	Gobierno	Export.	Import.
Statu Quo	0.00	0.02	0.00	0.01	0.04
ALCA	-0.01	0.07	-0.01	0.02	0.09
ALCA Sens.	-0.01	0.06	-0.01	0.02	0.08
ALC	-0.01	0.01	-0.01	0.01	0.03
Ecuador - Bolivia					
Escenario	Consumo	Inversión	Gobierno	Export.	Import.
Statu Quo	0.01	0.00	0.01	0.02	0.03
ALCA	-0.02	0.00	-0.02	0.05	0.06
ALCA Sens.	-0.02	0.00	-0.02	0.04	0.05
ALC	-0.02	0.00	-0.02	0.04	0.04

* Las cifras representan el porcentaje de cada rubro con relación a su nivel en 1997.
Fuente: simulaciones de los autores

En el caso de Colombia se encuentra que en el Statu Quo, donde el PIB crece, todos sus componentes crecen, siendo las cifras correspondientes al comercio internacional las que lo hacen en mayor grado. Las exportaciones aumentan ligeramente menos que las importaciones, con lo cual la balanza comercial empeora. En los demás escenarios, en los cuales el PIB disminuye, el consumo y los gastos del gobierno decrecen, mientras que, como es de esperar en un proceso de liberalización comercial, el sector externo crece. En estos escenarios los aumentos en el valor de las importaciones y las exportaciones son similares y por tanto la presión que se ejerce sobre la inversión es reducida. De hecho, se observa que ésta prácticamente no sufre modificación en los escenarios ALC y la sufre de forma muy moderada en el escenario ALC.

Similar al caso de Colombia, la economía peruana crece bajo el Statu Quo y decrece en los demás escenarios. Sin embargo, en el Statu Quo el consumo y los gastos del gobierno permanecen prácticamente inmodificados. En los escenarios restantes estos dos componentes del PIB decrecen, como es de esperar cuando el valor del PIB disminuye. El comportamiento del comercio exterior es igual en todos los escenarios, teniéndose que las importaciones crecen más que las exportaciones, empeorando la balanza comercial. Dado que los consumos se mueven siempre en las mismas proporciones, el desbalance del comercio genera presión sobre la inversión, llevándola a incrementarse en todos los casos.

Bajo las condiciones del Statu Quo, el PIB venezolano disminuye. No obstante esto, todos los componentes del PIB aumentan relativamente, lo que significa que dicha disminución en el valor del PIB se debe esencialmente a los movimientos de los precios. En el escenario ALC el valor del PIB de esta economía también disminuye y lo hacen también, concomitantemente, el consumo y los gastos del gobierno. En contraste, en los escenarios ALCA estos componentes aumentan, al paso que el PIB ve incrementar su valor. Una constante en el comportamiento de esta economía es el mayor aumento del valor de las importaciones comparativamente con el de las exportaciones. El deterioro que esto ocasiona en la balanza comercial lleva a que, en todos los casos, la inversión tenga que aumentar para cubrir este mayor valor de los bienes importados.

En todos los casos se observa que el consumo y los gastos del gobierno disminuyen para la región Ecuador-Bolivia. Este resultado es consistente con el hecho de que el valor de su PIB decrece bajo todos los escenarios. La similitud de la proporción en que éstos decrecen es indicativa de que las diferencias en las pérdidas de bienestar en esta economía son relativamente reducidas. De una forma bastante menos pronunciada que en el caso de Venezuela, también aquí se presenta un deterioro relativo de la balanza comercial en todos los escenarios. Sin embargo, la magnitud de éste no es suficiente para generar aumentos en la inversión, que sean apreciables al nivel en que se reportan las cifras en la Tabla 7.

4.3 EFECTOS SOBRE LA BALANZA COMERCIAL Y LA INVERSIÓN

La Tabla 8 muestra las modificaciones que sufren las balanzas comerciales regionales andinas bajo los diferentes escenarios considerados. Es importante anotar que las cifras allí referenciadas representan el monto, en dólares de 1997, en que la balanza comercial de los países ha variado con respecto a aquella que se presentó en el año base (1997). En consecuencia, una cifra positiva significa que, bajo el escenario en cuestión, la balanza comercial mejora, pero esto no implica que necesariamente se obtenga una balanza con superávit. En el sentido contrario, una cifra negativa indica una desmejora en la balanza comercial, pero no necesariamente implica una balanza deficitaria.

Tabla 8. Cambios en la Balanza Comercial de las Economías Andinas Bajo los Diferentes Escenarios.*

Región	Escenario			
	Statu Quo	ALCA	ALCA con sensibles	ALC sin ALCA
Colombia	-148	-234	-224	-247
Perú	-153	-235	-217	-224
Venezuela	-430	-1.072	-954	-412
Ecuador-Bolivia	-42	-103	-100	-80

* Cifras en millones de dólares de 1997
Fuente: simulaciones de los autores

De la información presentada, se evidencia que todos los países andinos registran movimientos negativos en su balanza comercial bajo cualquiera de los escenarios considerados¹¹. Este resultado se explica no solo por los cambios que se generan en los volúmenes negociados de los bienes, sino además, de forma importante, por el deterioro de los términos de intercambio para estas economías. Es conveniente resaltar que a pesar de que Venezuela muestra el mayor deterioro en su balanza comercial bajo los escenarios del ALCA, sus resultados en términos del PIB y de bienestar son los mejores. La anotación es importante simplemente porque el sentido común tiende a asociar el deterioro de la balanza comercial necesariamente con un desmejoramiento de las condiciones de la economía.

Como se dijo, el deterioro de la balanza comercial se debe a los cambios en los volúmenes transados de los bienes y a los cambios en sus correspondientes precios. Unos y otros son consecuencia, en este caso, de la eliminación de los aranceles. Las exportaciones de los países andinos muestran una alta concentración en el mercado de Estados Unidos y este mercado, bajo cualquiera de los escenarios, es uno de los que en términos reales menos proporciona un mejor acceso a éstos (debido a las preferencias unilaterales existentes). En consecuencia, la tendencia al deterioro de la balanza comercial es mayor que bajo otras circunstancias.

Debido a lo anterior, el restablecimiento del equilibrio en la balanza de pagos requiere aumentos o disminuciones en la inversión. Los aumentos solo pueden provenir de incrementos en el ahorro o de incrementos en los flujos de capital hacia la región. Las disminuciones esencialmente se generan a través de aumentos en el consumo o de inversión en el extranjero. Un examen casual del comportamiento del ahorro en estas economías indica que, bajo todos los escenarios, las economías de Colombia, Perú y Ecuador-Bolivia requieren inversión desde el extranjero en la cantidad necesaria para suplir el déficit en la balanza comercial. En efecto, la balanza comercial de estas regiones es deficitaria en el año base y el déficit empeora en todos los escenarios. En contraste, la economía venezolana es superavitaria en el año base y su superávit se deteriora bajo todos los escenarios pero se mantiene en niveles positivos. Por tanto, esta economía requiere la inversión de excedentes en el extranjero para lograr el equilibrio.

¹¹ Esto evidencia que algunos de los valores presentados en la Tabla 8 son de una magnitud tan baja que no alcanzan a observarse en la información registrada en la Tabla 7.

4.4 EFECTOS SOBRE LOS FLUJOS COMERCIALES

El efecto sobre los flujos comerciales se observará a través de la composición geográfica del comercio, es decir de la distribución del valor de las exportaciones e importaciones entre las diferentes regiones con las que se mantienen flujos de comercio. Para facilitar las comparaciones con los cambios inducidos bajo los escenarios, la Tabla 9 presenta la composición de las importaciones de los países andinos. Como se observa en la tabla, las importaciones de los países andinos se concentran en unas pocas regiones. La mayor parte se hace desde Estados Unidos y la Unión Europea. Con niveles inferiores pero de cierta importancia se hacen también desde distintos países asiáticos y del interior de la Comunidad Andina.

Tabla 9. Composición Regional de las Importaciones de los Países Andinos en el Año Base (1997)*

	Colombia	Perú	Venezuela	Ecuador - Bolivia
Japón	7	5	5	6
China	1	2	2	2
Corea	2	3	2	1
Resto Asia	4	5	4	2
Canadá	2	3	4	1
Estados Unidos	32	25	37	24
México	3	3	4	3
Centro A y C	1	1	2	2
Colombia	0	6	6	8
Perú	1	0	1	3
Venezuela	9	5	0	4
Ecuador-Bolivia	3	5	0	0
Brasil	3	4	4	10
Argentina	1	4	2	6
Resto S América	0	1	0	0
Chile	1	4	1	5
Unión Europea	23	20	22	18
Resto Europa	2	2	2	2
Rusia Ant US	1	0	0	1
Oceanía	1	1	1	1
Resto Mundo	2	2	2	2

* Porcentaje del valor de las importaciones totales
Fuente: Base de datos GTAP 5.4

Bajo el Statu Quo, Los países asiáticos, Estados Unidos, la Unión Europea y los países andinos disminuyen sus participaciones en las importaciones de los países de la Comunidad Andina. En el caso de esta última hay que clarificar que la afirmación no es válida para las participaciones que se registran en Perú. Como se explicó, esto se debe a que dicha economía se beneficia de la liberalización del comercio con sus socios andinos. Estas pérdidas de

participación se dan a costa de México, en el caso de Colombia y Venezuela, MERCOSUR y Chile y son la consecuencia de la implementación de los respectivos acuerdos en que se hayan involucrados con los países andinos.

En el caso del ALCA, como es esperable, las participaciones de todas las regiones de fuera del hemisferio disminuyen a costa de los aumentos que se presentan para la generalidad de los países participantes en este acuerdo. Los únicos casos en que se encuentran disminuciones en las participaciones para países del hemisferio (pero externos a la Comunidad Andina) son en el comercio entre Perú y Argentina y Colombia y Resto de Suramérica. Por su parte, el comercio intracomunitario sufre con el ALCA, como consecuencia de la erosión en el acceso preferencial discriminatorio con que se contaba. Como resultado, el comercio de importación de los países andinos se concentra aún más en los flujos bilaterales con Estados Unidos, que llegan a representar el 39, 31, 41 y 29 por ciento de las importaciones para Colombia, Perú, Venezuela y Ecuador-Bolivia, respectivamente.

En el escenario ALCA con Sensibles los resultados son esencialmente los mismos que en el ALCA, pero los cambios que se presentan son de una magnitud ligeramente inferior. La única particularidad de notar en este caso es que el comercio con algunos países del MERCOSUR se deteriora.

Para el escenario ALC se tienen unos resultados en las líneas de los mencionados para el Statu Quo, con la obvia salvedad de que las importaciones de Colombia, Perú y Ecuador-Bolivia desde Estados Unidos se incrementan. Por tanto, crecen las participaciones de México en el comercio con Colombia y Venezuela, de Estados Unidos con los países andinos anteriormente mencionados, y del MERCOSUR y Chile con todos los países andinos a excepción de Ecuador-Bolivia. Como resultado, este comercio se concentra, aún más que en el caso del Statu Quo, ya que las participaciones de las importaciones desde Estados Unidos llegan a 40, 32, 31 y 31 por ciento para Colombia, Perú, Venezuela y Ecuador-Bolivia, en su orden. Hay que notar, sin embargo, que para Venezuela esta participación decrece en comparación con el año base.

La situación que se encuentra en el año base al examinar el comportamiento del valor de las exportaciones para los países de la Comunidad Andina, es esencialmente similar a la de las importaciones. Otro tanto sucede con los cambios que se generan en la composición de las mismas en los diferentes escenarios. Por esta razón omitimos el examen de las cifras desde el lado de las exportaciones, sin que por ello haya pérdida en la descripción de los efectos de los escenarios sobre los flujos comerciales.

4.5 EFECTOS SOBRE LOS RETORNOS A LOS FACTORES

El retorno real a los factores de producción es un indicador básico de los efectos de una liberalización comercial. Los cambios inducidos en éstos proporcionan una primera y muy valiosa aproximación a los efectos distributivos de la misma. En el contexto de este estudio, la remuneración real a los factores se mide como la razón del índice de precios del factor al Índice de Precios al Consumidor¹².

En el Statu Quo, se encuentra que la remuneración real a la tierra disminuye en todos los casos, excepto para Ecuador-Bolivia. Esto es una consecuencia de la disminución de los

¹² Como nota general se debe llamar la atención sobre el hecho de que el factor «tierra», en este contexto, se refiere únicamente a la tierra utilizada en la producción de bienes agropecuarios (y no en general a la tierra como recurso natural).

retornos a las actividades que usan este factor de forma intensiva. La disminución más fuerte se registra en el caso de Colombia (-4.38) y la menos pronunciada en el de Venezuela (-0.1). Las remuneraciones a los demás factores (Trabajo no Calificado, Trabajo Calificado y Capital) aumentan en todos los casos, presentando las correspondientes a Perú los mayores aumentos.

En general, esto es un reflejo de la necesidad que se genera en las economías de compensar los déficits de la balanza de pagos, bien sea con disminuciones o con aumentos moderados de las remuneraciones a los factores. Unos u otros, pero especialmente las disminuciones, tienden a hacer más competitivas las exportaciones. Los aumentos encontrados son más consistentes con el caso de Venezuela ya que esta economía presenta superávits comerciales y no tiene necesidad de atraer la inversión extranjera para conseguir el equilibrio.

En el caso de Perú, la remuneración a los factores diferentes a la tierra aumenta en términos reales en mayor proporción que en las otras economías andinas. La economía peruana, sin embargo, presenta un déficit comercial que debe ser suplido vía inversión y, por tanto, existe un incentivo para la disminución en el retorno a los factores. No obstante, bajo este escenario el PIB aumenta, presumiblemente bajo el influjo de la liberalización comercial con los socios andinos, y esto genera el incentivo para un mayor aumento en el retorno a los factores.

La Tabla 10 muestra los cambios que se presentan en la remuneración real a los factores bajo los escenarios ALCA y ALC. Allí se observa que las remuneraciones a los dos tipos de trabajo y al capital aumentan para todos los países. El menor crecimiento se encuentra, razonablemente, en la situación de estos factores para Venezuela bajo el escenario ALC en el que esta economía sufre pérdidas.

Tabla 10. Cambios en los Retornos Reales a los Factores de Producción en los Países Miembros de la CAN. Escenarios ALCA y ALC.*

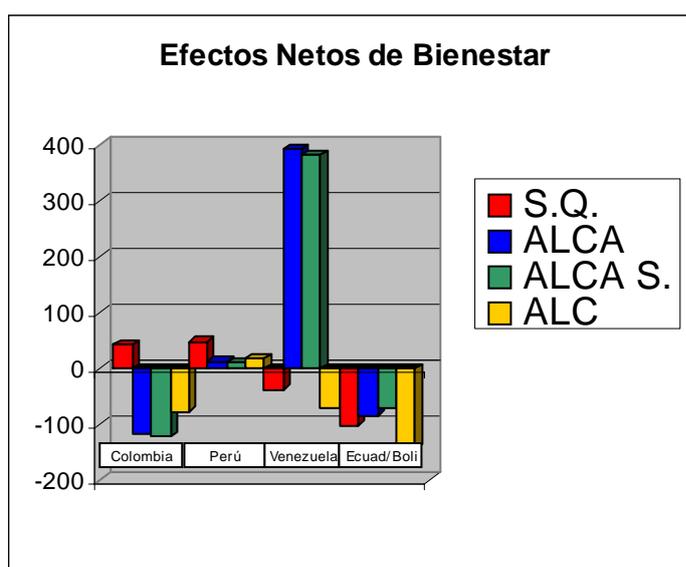
Factores	Colombia		Perú		Venezuela		Ecuador - Bolivia	
	ALCA	ALCA	ALCA	ALCA	ALCA	ALCA	ALCA	ALCA
Tierra	-4.47	-3.50	-0.23	0.20	1.37	-0.50	2.58	2.60
Trabajo no Calificado	1.23	1.20	1.66	1.60	1.71	0.40	1.71	1.10
Trabajo Calificado	1.29	1.30	1.70	1.60	2.05	0.50	1.64	1.00
Capital	1.29	1.30	1.53	1.40	2.13	0.70	1.28	0.90

* Las cifras se refieren a la razón entre el retorno al factor y el Índice de Precios al Consumidor.
Fuente: simulaciones de los autores

Por su parte, la remuneración real a la tierra disminuye notoriamente en el caso de Colombia bajo los dos escenarios y otro tanto sucede, aunque en menor proporción, para el escenario ALCA en Perú. Esto indicaría que las actividades económicas que usan este factor no se ven favorecidas por estos procesos de liberalización. En Venezuela se observan resultados mixtos. En tanto que la remuneración a la tierra aumenta bajo el escenario ALCA, disminuye bajo el escenario ALC. Este es un resultado razonable si se tiene en cuenta que bajo el ALC el acceso venezolano a los mercados de sus socios andinos se ve erosionado. Finalmente, en el caso de Ecuador-Bolivia, la remuneración a la tierra aumenta sensiblemente en los dos escenarios.

5. SÍNTESIS DE LOS RESULTADOS DE LOS ESCENARIOS

A primera vista, los resultados netos de bienestar que se obtienen de los diferentes escenarios, no presentan una coincidencia alta en cuanto a la dirección de los mismos para los países de la Comunidad Andina. El Statu Quo genera ganancias para Colombia y Perú, en tanto que pérdidas para Ecuador-Bolivia y Venezuela. Los escenarios ALCA, por su parte, generan pérdidas para todos los países, excepto Venezuela, que obtiene sus mejores resultados de bienestar. El escenario ALC produce pérdidas para Colombia, Ecuador-Bolivia y Venezuela, mientras induce ganancias para Perú. En la Figura que aparece a continuación se presentan estos resultados.



Esta disparidad en los resultados de bienestar tiene relación, en el caso de Perú, con el período de implementación de la liberalización recíproca de su comercio con los demás países andinos. En efecto, pareciera que sus resultados positivos bajo el escenario ALC se deben en parte a que está simultáneamente recogiendo los beneficios del proceso de liberalización recién mencionado.

Los términos de intercambio juegan un papel importante en la determinación de los resultados. En general juegan en contra del bienestar de estas economías, con la muy notoria excepción de Venezuela. En síntesis, lo que parece estar sucediendo es que las economías andinas se han beneficiado en el pasado, hasta cierto punto, de la desviación de comercio que estaba implícita en los acuerdos comerciales que han suscrito. Con la mayor liberalización que los nuevos acuerdos implican, y particularmente con la del ALC, las preferencias discriminatorias se erosionan y con ellas se deterioran no sólo la competitividad de las exportaciones de la región sino la protección que gozaba el mercado doméstico.

Los efectos sobre la producción son más homogéneos. Únicamente en el Statu Quo los países andinos participantes en el ALC muestran movimientos contrarios en el valor de su PIB. En los dos escenarios ALCA y en el escenario ALC, el valor de la producción para estas tres regiones disminuye. Por lo que se refiere a Venezuela, el valor de su producción disminuye en el Statu Quo y en el ALC, pero aumenta en los escenarios ALCA.

La balanza comercial sufre deterioro bajo todos los escenarios, en todos los países. Este es un resultado que tiende a ser común en los procesos de liberalización comercial y depende, obviamente, de la disminución en el grado de protección del mercado doméstico. En el caso particular de este estudio, en el que, como se dijo, los términos de intercambio en general se mueven en contra de la región, este efecto es mayor. Habría que resaltar, sin embargo, que en el caso de Venezuela se encuentra un deterioro en la balanza comercial pese a efectos usualmente positivos y grandes de los términos de intercambio. Esto sucede como consecuencia de la mayor competencia que sus exportaciones experimentan al ampliarse la liberalización comercial.

En líneas generales, las disminuciones en los retornos a los factores (deterioro en la tasa real de cambio) no son suficientes para incentivar las exportaciones al punto de equilibrar la balanza comercial. En consecuencia, a excepción de Venezuela que presenta excedentes por este concepto, los demás países andinos deben atraer inversión extranjera para cubrir el déficit.

En cuanto a los flujos de comercio, se tiene que bajo el Statu Quo el comercio de los países andinos se desconcentra moderadamente con respecto a los Estados Unidos y a favor de las regiones con las cuales se habían suscrito acuerdos hacia 1997. En los demás escenarios, por el contrario, el comercio tiende a concentrarse más sobre los flujos bilaterales con ese país. La excepción obvia a esta tendencia es el caso de Venezuela bajo el escenario ALC. En todos los casos, como es de esperar, el comercio intracomunitario sufre pérdidas a manos de las regiones a las que se les conceden preferencias.

Por último, las remuneraciones reales a los factores tienden a mostrar un patrón en el que la tierra presenta retornos variados entre países y escenarios, en tanto que para los dos tipos de trabajo y el capital aumentan consistentemente aunque en proporciones diversas. Los retornos a la tierra caen para Colombia en todos los escenarios. En el caso de Perú caen bajo el Statu Quo y el ALCA, mientras aumentan en los otros dos escenarios. Para Venezuela caen bajo el Statu Quo y el ALC y aumentan en los escenarios ALCA. Finalmente, en Ecuador-Bolivia estos retornos aumentan en todos los escenarios, teniendo el mayor aumento en el escenario ALCA con Sensibles.

PARTE II

IMPACTO ECONÓMICO DEL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO CON ESTADOS UNIDOS SOBRE LOS PAÍSES DE LA COMUNIDAD ANDINA

6. NOTA INTRODUCTORIA AL ANÁLISIS DETALLADO DEL ESCENARIO ALC

Para los países andinos, en el corto plazo el escenario más factible, dadas las actuales circunstancias en los procesos de negociación de una mayor liberalización del comercio en el Hemisferio, es la suscripción de un acuerdo de libre comercio entre Colombia, Ecuador y Perú con los Estados Unidos. Mientras tanto, la posibilidad de suscripción del ALCA parece más incierta y por esa razón se ha decidido analizar en mayor detalle el escenario ALC sin ALCA, cuyos efectos macroeconómicos generales han sido comparados con los de los otros escenarios considerados, en la primera parte de este estudio.

El propósito de esta segunda parte, como se mencionó, es brindar elementos para una mejor comprensión del impacto potencial del ALC con los Estados Unidos sobre el sector agrícola de los países de la CAN. Paralelamente, se proporciona una visión de su impacto potencial sobre otros sectores específicos de la economía. Para este fin, a continuación se discuten cinco grandes áreas de los efectos del acuerdo en las economías de los países miembros de la CAN: (1) la lógica económica general que gobierna los efectos globales del acuerdo; (2) la forma como los diferentes sectores de la economía reaccionan e inciden en los efectos registrados en el bienestar; (3) los cambios en la balanza comercial y en los flujos de comercio y la forma como se manifiestan a nivel sectorial; (4) los cambios en la producción; y (5) los efectos diferenciales de tres alternativas de tratamiento a la desgravación del sector agropecuario en el acuerdo.

Finalmente, en los anexos al documento se presentan, de forma muy resumida, dos análisis adicionales. El primero tiene que ver con el impacto potencial de no implementar el acuerdo y no obtener una renovación de las preferencias del ATPDEA. El segundo hace relación a los efectos de la implementación del acuerdo con los Estados Unidos, cuando se asume que existe mano de obra no calificada en situación de desempleo y que ésta se encuentra a completa disposición para ser asignada a actividades productivas (es decir, tiene costo de oportunidad cero). Es importante recordar que la presentación de estos dos escenarios es esencialmente ilustrativa y que, en especial en el segundo caso, la comparación de sus resultados debe hacerse con la debida precaución.

7. EL MARCO CONCEPTUAL DEL AJUSTE DE LA ECONOMÍA

A pesar de su apariencia un tanto abstracta, hemos considerado importante ilustrar de una forma simplificada la forma como tienden a generarse los cambios, en las economías de los países andinos, que se discuten adelante cómo consecuencia de la implementación del ALC con los Estados Unidos.

Lo primero que debe decirse es que los impactos que se observan sobre estas economías no corresponden únicamente a la implementación del ALC con los Estados Unidos. Como se recordará de la discusión adelantada en la primera parte de este informe, de lo que acá se trata es de los efectos combinados de la implementación de los acuerdos de liberalización

del comercio, firmados a la fecha por los países del Hemisferio (el escenario de Statu Quo), más los efectos derivados de una eventual liberalización del comercio en mercancías entre un grupo de países andinos y los Estados Unidos. Una apreciación del impacto aislado del ALC se obtiene de la comparación entre el escenario de Statu Quo y el escenario ALC sin ALCA, llevada a cabo en la primera parte del informe.

Aunque esta forma de tratamiento oscurece un tanto los efectos netos derivados del ALC, se ha preferido hacer el análisis de esta forma por cuanto este procedimiento refleja de mejor forma la situación a la que llegarían las economías andinas al cabo del período de implementación de los acuerdos existentes.

Hechas estas aclaraciones, de la implementación del ALC se tiene como consecuencia que los países andinos obtienen diferentes resultados de bienestar (el indicador más relevante para juzgar los resultados de un acuerdo comercial). Colombia, Ecuador-Bolivia y Venezuela registran pérdidas de bienestar, en tanto que Perú muestra resultados positivos. En términos del comportamiento del Producto Interno Bruto (PIB), todas las economías analizadas, incluyendo Perú, presentan disminuciones en el valor del PIB. La más alta se encuentra en el caso de Ecuador-Bolivia (-0.023 por ciento) y las más bajas en los casos de Colombia y Perú (-0.008 por ciento).

Por su parte, los términos de intercambio se mueven en contra de Colombia, Perú y Ecuador-Bolivia, en tanto que para Venezuela mejoran (resultado que se debe esencialmente al mejoramiento en los términos de intercambio para las fuentes de energía). Como se vio anteriormente, la balanza comercial se deteriora para todos los países.

El ajuste en las economías se produce siguiendo, grosso modo, las siguientes líneas. La eliminación de aranceles conduce al incremento de las importaciones y hacia el deterioro en la balanza comercial. Este efecto es particularmente fuerte en este caso, debido a que los países andinos participantes en el ALC contaban con anterioridad con preferencias comerciales unilaterales, concedidas por los Estados Unidos, y por tanto sus ganancias de acceso a ese mercado son menores que las usuales en un acuerdo de este tipo. En esta medida, la tasa de cambio real debe deteriorarse para permitir que las exportaciones ganen competitividad y el déficit comercial se reduzca en cierta medida.

En últimas, la extensión del deterioro en la balanza de pagos depende del aumento en los niveles de inversión. Esto por cuanto las exportaciones aumentan, gracias al mejor acceso a los mercados y a la devaluación real, pero no en un grado suficiente para compensar el aumento en las importaciones. Por tanto, la inversión debe ser suficiente para pagar el incremento residual en las importaciones y el ingreso de capital desde el exterior debe cumplir este papel. En efecto, como proporción del PIB, la inversión aumenta en todos los casos en proporciones que oscilan entre 0.41% del PIB, para Venezuela, y 0.25%, para Colombia.

El aumento en la inversión se hace posible, en parte, porque el precio de los bienes de capital disminuye con la eliminación de los aranceles. Esta disminución, por supuesto, depende de la participación de las importaciones en la conformación de estos bienes. Los precios resultantes de las simulaciones para los bienes de capital en los países andinos disminuyen en efecto (la mayor disminución se presenta para Ecuador-Bolivia y la menor para Perú) y por tanto las tasas de retorno aumentan. De esta forma, tanto el aumento en la inversión como el deterioro en la tasa de cambio real, hacen posible la compensación del deterioro en la balanza de pagos de forma que el nuevo equilibrio se obtenga.

8. LOS EFECTOS DE BIENESTAR VISTOS A NIVEL SECTORIAL

Como se recordará, el proceso de liberalización comercial representado en el escenario ALC sin ALCA genera para los países miembros de la Comunidad Andina resultados modestos y disímiles en términos de bienestar. Colombia, Ecuador-Bolivia y Venezuela registran pérdidas de bienestar, en tanto que Perú muestra resultados positivos. En general, los efectos en la asignación de recursos y los originados en modificaciones en los términos de intercambio son los más importantes componentes del resultado neto en el bienestar¹³. A continuación se presenta y discute brevemente la descomposición sectorial de los cambios encontrados en esos dos componentes.

8.1 EFECTOS EN LA ASIGNACIÓN DE LOS RECURSOS

Los efectos sobre el bienestar originados en la asignación de recursos se derivan de la forma cómo éstos resultan utilizados en la producción. En general, se obtienen beneficios cuando sectores en los que se cuenta con ventaja comparativa se expanden, empleando más recursos, y cuando sectores en los que no se cuenta con ventaja comparativa se contraen, liberándolos para ser usados en otros sectores. Por supuesto, la generación de pérdidas de bienestar por este concepto se da cuando se presenta la situación contraria. De ahí que los diferentes sectores de la producción contribuyan, positiva o negativamente, al bienestar de acuerdo con su ventaja comparativa y con el hecho de que su producción aumente o disminuya.

En la tabla a continuación se listan los cinco sectores que más contribuyen positivamente a la obtención de ganancias de bienestar por concepto de asignación de recursos. Allí se observa que, en el caso de Colombia y Ecuador-Bolivia, tres de los cinco sectores son de tipo agropecuario, en tanto que en el caso de Perú sólo uno lo es. La situación de Venezuela tiene la particularidad de que, como ya se vio, en su economía se presentan importantes pérdidas de bienestar por concepto de asignación de recursos como consecuencia de la implementación del ALC de sus socios andinos con los Estados Unidos. Por esta razón, únicamente el sector de bebidas y tabaco genera algún tipo de ganancia de importancia.

Tabla 11. Sectores con las Mayores Contribuciones Positivas al Bienestar por Asignación de Recursos (Millones de Dólares de 1997)

Colombia		Perú		Ecuador - Bolivia		Venezuela	
Confecciones	70.9	Derivados Pet	57.6	Maquinaria y E	3.1	Bebidas y Taba	3.4
Textiles	16.4	Maquinaria y E	52.7	Carnes	2.3		
Carnes	10.5	Confecciones	7.3	Otros Aliment	2.1		
Aceites Veget	4.9	Fuentes Energ	5.9	Fuentes Energ	2.0		
Otros Aliment	4.6	Otros Aliment	5.0	Aceites Veget	1.8		

Fuente: simulaciones de los autores

Por otra parte, para todos los países andinos las mayores pérdidas originadas en la asignación

¹³ Esto es así, como se comentó, porque hacemos abstracción del balance ahorro-inversión y su impacto sobre el bienestar. En sentido estricto, sin embargo, el efecto del balance ahorro-inversión es en realidad el efecto de asignación de recursos sobre los bienes de capital.

de recursos se registran en el sector integrado por los vehículos automotores y sus partes y el equipo de transporte. En los casos de Ecuador-Bolivia y Venezuela, que presentan pérdidas netas por asignación de recursos, este sector representa el 132 y el 71 por ciento de dichas pérdidas, respectivamente. En segundo lugar se encuentran, en el caso de Colombia, el sector de fuentes de energía, que genera pérdidas más de diez veces menores que las originadas en el sector automotor; en el caso de Perú, el sector de productos químicos, de caucho y plástico, con pérdidas que representan menos del 50% de las originadas en el sector automotor; en el caso de Ecuador-Bolivia el sector de derivados de las fuentes de energía, con pérdidas de alrededor de una cuarta parte de la que representan los automotores; y en el caso de Venezuela la maquinaria y equipos con pérdidas siete veces menores.

8.2 EFECTOS EN LOS TÉRMINOS DE INTERCAMBIO

El efecto que se desprende de las variaciones en los términos de intercambio depende de los movimientos en los precios internacionales. Cuando los precios de los bienes exportables del país aumentan en mayor proporción (o disminuyen en menor proporción) que los precios de los bienes importables, entonces se produce un mejoramiento en sus términos de intercambio y se generan ganancias de bienestar. Pérdidas de bienestar se producen en el caso contrario.

Dado que para los países andinos el caso más frecuente es el deterioro en los términos de intercambio, en la Tabla 12 se listan los sectores que hacen las más altas contribuciones negativas al bienestar por este concepto. Como puede observarse, hay un nivel de coincidencia relativamente alto entre estos sectores y los que contribuyen positivamente al bienestar en términos de la asignación de recursos. Este es un resultado esperable y lógico. Su ocurrencia depende en buena medida del hecho de que los sectores que ven expandidos sus niveles de exportaciones tienden también a registrar disminuciones en los precios internacionales, vía aumentos en la oferta por exportaciones para el bien en cuestión y para sus sustitutos más próximos (es decir, para el mismo bien pero originado en otro país)¹⁴.

Tabla 12. Sectores con las Mayores Contribuciones Negativas al Bienestar por Concepto de Términos de Intercambio (Millones de dólares de 1997)

Colombia		Perú		Ecuador - Bolivia		Venezuela	
Confecciones	-106.9	Metales MPM	-17.0	Otros Aliment	-29.0	Aceites Veget	-14.3
Textiles	-21.2	Confecciones	-15.7	Metales MPM	-20.3	Maquinaria y E	-13.2
Otros Cultivo	-20.1	Derivados Pet	-12.1	Maquinaria	-9.4	Metales MPM	-13.1
Vegetales y Fr	-7.6	Otros Aliment	-10.9	Químicos Ot	-9.0	Químicos y Otr	-9.3
Maquinaria E	-6.5	Fuentes Energ	-9.2	Vegetales Fr	-7.2	Vegetales y Fr	-6.0

Fuente: simulaciones de los autores

Es interesante notar que, con la excepción de Perú, para los demás países andinos los sectores de vehículos y transporte y fuentes de energía son los mayores aportantes positivos al bienestar por concepto de los términos de intercambio. Este resultado, por supuesto, se

¹⁴ Esto se debe en parte a los cambios en los aranceles. Adicionalmente, debe recordarse que la especificación de la demanda en este modelo diferencia un mismo bien de acuerdo con su lugar de origen y que, en consecuencia, el sustituto más próximo a un bien en la demanda por importaciones es, justamente, el mismo bien pero producido en un país competidor.

relaciona con la posición comercial de estos países en dichos sectores y su tendencia a experimentar aumentos relativos en sus precios. En el caso de Perú, el sector de vehículos y transporte es prácticamente el único que hace contribuciones positivas, mientras que el de fuentes de energía, como se vio en la tabla arriba, es uno de los que más altas pérdidas genera para la economía por concepto de modificaciones en los términos de intercambio.

Para rastrear de una forma un poco más clara la forma como los diferentes sectores de la economía reaccionan a los cambios en los aranceles e inciden sobre los resultados de bienestar, a continuación se presentan los cambios que éstos sufren en el comercio exterior.

9. CAMBIOS EN LA BALANZA COMERCIAL Y EN LOS FLUJOS DE COMERCIO

Esta sección desarrolla dos temas. El primero tiene que ver con los cambios en la balanza comercial, con la forma cómo varía la estructura general del comercio de los países andinos y con los cambios en el comercio con los Estados Unidos. El segundo se concentra en los cambios que se presentan en el comercio al interior de la Comunidad Andina.

9.1 BALANZA COMERCIAL, Y COMERCIO CON LOS ESTADOS UNIDOS

Como se vio, la balanza comercial (valorada a precios internacionales) de los países andinos se deteriora, siendo el caso de Venezuela el más pronunciado en términos absolutos. Este deterioro se debe claramente, en el caso de los países firmantes del ALC, a la reducción de aranceles y en el de Venezuela a la pérdida de mercado con sus socios andinos a manos de las importaciones desde los Estados Unidos.

Como es de esperar, con el ALC el comercio de Colombia, Ecuador-Bolivia y Perú se concentra más en los Estados Unidos. En efecto, la participación en las importaciones de los países andinos firmantes del ALC, de aquellas provenientes de los Estados Unidos se incrementa en 7.4, 7.5 y 7 puntos porcentuales para Colombia, Perú y Ecuador-Bolivia, respectivamente (llegando en el caso de Colombia a ser casi del 40%). Por el lado de las exportaciones se presenta una situación similar. Las exportaciones hacia los Estados Unidos aumentan en 7.3, 7.6 y 7 puntos porcentuales para Colombia, Perú y Ecuador-Bolivia.

Como corolario de este aumento en el grado de concentración del comercio, la participación del comercio con el resto de regiones disminuye. Las únicas excepciones a esta regla se dan en los casos en los cuales se implementan (o se finaliza la implementación de) acuerdos comerciales simultáneamente con el ALC. Ejemplos de esto se tienen en el caso del G-3, el acuerdo CAN-MERCOSUR y los acuerdos bilaterales con Chile. No obstante, en ningún caso la variación porcentual del comercio con estos países alcanza los niveles registrados en el comercio bilateral con los Estados Unidos (siendo los mayores del orden de 3 puntos, como situación extrema). Es importante mencionar que las mayores pérdidas de participación en la estructura del comercio de los países andinos participantes en el ALC las sostiene la Unión Europea (con variaciones negativas entre 3.4 y 5.2 puntos), lo que ilustra el alcance de la desviación de comercio que se presenta con el acuerdo.

En el caso de Venezuela, la situación se puede describir como sigue. La participación de las importaciones desde los Estados Unidos pierde 6 puntos porcentuales, en tanto la de los bienes provenientes de Brasil aumenta en poco más de 9 puntos, lo que supone un aumento de éstas del orden del 230% en valor. Por el lado de las exportaciones se da una situación similar, con variaciones casi idénticas en las participaciones porcentuales. En este

caso, el aumento en valor de las importaciones hechas desde el Brasil es superior al 230%. Estos efectos deben ser generados esencialmente como consecuencia de la implementación del acuerdo CAN-MERCOSUR¹⁵. De esta forma, el comercio venezolano se desconcentra moderadamente con respecto a los Estados Unidos y el Brasil supera con creces a Colombia como tercer socio comercial para este país.

Es de interés ahora identificar los sectores que participan de una forma más activa en dichos cambios en la estructura de los flujos comerciales. Para el efecto nos concentraremos en el comportamiento de las exportaciones a los Estados Unidos y en las intracomunitarias. En la tabla que se presenta a continuación se listan, para los países andinos, los sectores que experimentan los mayores aumentos en valor (a precios internacionales) de las exportaciones a los Estados Unidos, seguidos de aquellos que experimentan los mayores descensos.

Tabla 13. Sectores con los Mayores Aumentos y Disminuciones en el valor de las Exportaciones de los Países Andinos hacia los Estados Unidos (millones de dólares de 1997)

Sectores con los Mayores Aumentos en el Valor de sus Exportaciones*							
Colombia		Perú		Ecuador - Bolivia		Venezuela	
Confecciones	-106.9	Confecciones	170.9	VehiculosyTr	21	FuentesEnerg	-14.3
Azucar	-21.2	Azucar	60	MetalesMPPM	9.8	Azucar	-13.2
Textiles	-20.1	Textiles	48.7	MineralesyPM	3.4	Confecciones	-13.1
Cuero	-7.6	FuentesEnerg	31.4	QuimicosyOtr	3.1	Textiles	-9.3
DerivadosPet	-6.5	MetalesMPPM	21.5	MaquinariayE	2.6	OtrasManufac	-6.9
Sectores con las Mayores Disminuciones en el Valor de sus Exportaciones*							
Colombia		Perú		Ecuador - Bolivia		Venezuela	
OtrosCultivo	-106.9	OtrosCultivo	-25.4	FuentesEnerg	-118	OtrosAliment	-35.9
OtrosAliment	-21.2	OtrosAliment	-8.7	DerivadosPet	-33.2	OtrosCultivo	-22.9
VegetalesyFr	-20.1	VegetalesyFr	-1.7	OtrosAliment	-6.2	VegetalesyFr	-10
Lacteos	-7.6	Relacionados	-0.5	Confecciones	-2.1	FibrasVegeta	-0.1
Carnes	-6.5	AceitesVeget	-0.1	Azucar	-1.7		

* Las cifras se refieren al aumento o disminución en el valor de las exportaciones
Fuente: simulaciones de los autores

De la información presentada se puede observar la relativamente alta coincidencia que tienen los sectores cuyo valor de las exportaciones aumenta para los países andinos participantes del ALC, al menos al nivel de agregación que es manejado en las simulaciones. Aunque de forma un poco más limitada, también se encuentra un relativamente alto nivel de coincidencia en los sectores cuyo valor de las exportaciones disminuye. Posiblemente, en este caso es más interesante resaltar el hecho de que en todos los casos los sectores que presentan disminuciones hacen parte del sector agropecuario.

Por otra parte y recordando los comentarios hechos acerca del efecto de los términos de intercambio sobre el bienestar, es interesante notar que con las únicas excepciones de los

¹⁵ Esta es una afirmación informada pero hipotética. En un contexto de equilibrio general, el rastreo de la fuente de los efectos observados es difícil de realizar. Aunque en GTAP hay forma de hacer los cálculos de las contribuciones de las diferentes regiones a los resultados, no hemos usado esta opción por no considerar éste un tema central a los objetivos del estudio.

productos derivados de las fuentes de energía (Derivados Pet) para Colombia y las fuentes de energía para Ecuador-Bolivia, el resto de los sectores que registran aumentos en el valor de las exportaciones a los Estados Unidos presentan movimientos adversos en sus términos de intercambio. Adicionalmente, con la excepción del sector productos derivados de las fuentes de energía (Derivados Pet) para Colombia, la totalidad de estos sectores presentan disminuciones en sus precios FOB, lo que implica que el aumento en el volumen de sus exportaciones más que compensa la disminución registrada en los precios.

Una situación similar se presenta con los sectores que registran las mayores disminuciones en el valor de las exportaciones. Con la única excepción de los productos relacionados con la agricultura para el Perú, en los demás casos estos sectores presentan movimientos adversos en los términos de intercambio. En lo que respecta a los precios FOB, se encuentra exactamente el mismo patrón que con los términos de intercambio, por tanto, de esta información no es posible colegir el sentido que tiene el cambio en el volumen importado. Sin embargo, un examen directo de las cifras correspondientes indica que para la totalidad de este conjunto de sectores efectivamente se presenta una disminución en el volumen físico de las exportaciones.

El caso de Venezuela es claramente diferente. En primer lugar, la composición de los sectores difiere notablemente de la de los países andinos participantes en el ALC (en ambos casos). En segundo lugar, los cambios que se presentan en sus exportaciones a los Estados Unidos están directamente vinculados a la erosión que su competitividad sufre en ese mercado como consecuencia del ALC. Sin embargo, no todos los cambios en el valor de sus exportaciones con dicho destino son adjudicables a este único factor. En el caso de los sectores que registran los mayores crecimientos absolutos en el valor exportado, todos muestran decrecimientos en los precios FOB, en tanto que presentan aumentos en los volúmenes exportados. Por lo que hace a los sectores que registran decrecimientos en el valor de las exportaciones, las fuentes de energía y los derivados de las fuentes de energía (DerivadosPet) tienen aumentos en sus precios FOB, en tanto que el resto de su grupo presenta disminuciones. Finalmente, la totalidad de este grupo muestra disminuciones en los volúmenes físicos exportados.

9.2 CAMBIOS EN EL COMERCIO INTRACOMUNITARIO

A continuación analizaremos de forma simple los cambios que se presentan en la composición de las exportaciones intracomunitarias, a la luz de los sectores que muestran los ajustes más importantes en términos absolutos. Ilustraremos, a su turno, los cambios en el valor de las exportaciones hechas por los países comunitarios a Colombia, a Perú, a Venezuela y a Ecuador-Bolivia.

EXPORTACIONES HACIA COLOMBIA

En el caso de las exportaciones intracomunitarias hacia Colombia se tienen las siguientes situaciones:

Para las exportaciones de Perú, todos los sectores con comercio en el año base (1997) presentan crecimientos en sus valores. Este hecho se debe a que en la implementación de las simulaciones, la liberalización del comercio de bienes entre Colombia y Perú se hace de forma simultánea con la del comercio en el ALC. Los sectores que experimentan los mayores crecimientos en este caso son: otros alimentos; textiles; metales, minerales preciosos y productos metálicos; otras manufacturas; y productos químicos y otros.

La totalidad de las exportaciones de Venezuela registran disminuciones en su valor. Este resultado se debe fundamentalmente a la erosión de su posición competitiva frente a las exportaciones desde los Estados Unidos.

Una situación análoga se presenta en el caso de Ecuador-Bolivia, donde el único sector que presenta un efecto marginalmente positivo, en términos de volumen exportado, es el arroz procesado. Como en el caso de Venezuela, este deterioro del valor exportado se debe esencialmente a la eliminación de aranceles que Colombia otorga a los Estados Unidos.

EXPORTACIONES HACIA PERÚ

Las exportaciones intracomunitarias hacia Perú se pueden caracterizar de la siguiente forma:

El valor de las exportaciones hechas desde los otros países andinos hacia Perú presenta aumentos sin ninguna excepción. Los sectores con los mayores aumentos son, en su orden: (a) químicos y otros; fuentes de energía; y confecciones, en el caso de Colombia; (b) metales, minerales preciosos y productos metálicos; químicos y otros; y derivados de fuentes de energía, en el caso de Venezuela; y (c) fuentes de energía; aceites vegetales; y químicos y otros, en el caso de Ecuador-Bolivia. Como se explicó con anterioridad, este resultado se debe a que la implementación de la liberalización comercial entre Perú y los demás países andinos se hace de forma simultánea con la del ALC con los Estados Unidos.

Este resultado indica, incidentalmente, que al interior de la Comunidad Andina existen sectores que tienen ventaja comparativa entre los socios andinos, a un punto suficiente para mantener una participación en el mercado intracomunitario aun enfrentando la competencia del comercio sin aranceles con los Estados Unidos. La razón por la cual en el resto de los países andinos se registran pérdidas en el valor de las exportaciones intracomunitarias se debe a que dichas exportaciones, en la presencia de aranceles frente a las mercancías originarias de los Estados Unidos, se han beneficiado de un cierto grado de desviación de comercio que, con el ALC, será «corregido».

EXPORTACIONES HACIA VENEZUELA

Las exportaciones colombianas hacia Venezuela presentan disminuciones en su valor para casi la totalidad de los sectores. La única excepción es el sector de confecciones. Estas pérdidas se deben esencialmente a los efectos de la eliminación de aranceles entre Venezuela y Brasil en el marco del acuerdo CAN-MERCOSUR (cfr. pie de página ¹⁴). De hecho, los sectores donde las exportaciones brasileras tienen los mayores aumentos tienden a coincidir con los sectores en los que Colombia experimenta las mayores pérdidas.

En el caso de las exportaciones peruanas, la situación es la contraria. Con sólo una excepción (vehículos y equipos de transporte), el valor de las exportaciones peruanas aumenta, encontrándose los mayores aumentos (en términos absolutos) en los sectores de metales, minerales preciosos y productos metálicos; textiles; y otros alimentos. De nuevo, esta situación se debe a la eliminación de aranceles al comercio bilateral entre Venezuela y Perú (en el marco de la Comunidad Andina; cfr. pie de página ¹⁴).

Con respecto al valor de las exportaciones de Ecuador-Bolivia, la mayor parte de los sectores presentan disminuciones. Los mayores descensos se registran en los sectores de vehículos y equipos de transporte; otros alimentos; y productos relacionados con la agricultura. Como en el caso de las exportaciones colombianas, este efecto negativo se debe en lo fundamental

a la implementación por parte de Venezuela del acuerdo CAN-MERCOSUR (cfr. pie de página ¹⁴).

EXPORTACIONES HACIA ECUADOR-BOLIVIA

Como es de esperar, el valor de las exportaciones desde Colombia y Venezuela hacia este mercado se erosionan. La única excepción se da en el caso de las exportaciones colombianas de confecciones que registran un aumento relativamente modesto. Este es un efecto directo de la implementación del ACL con los Estados Unidos y de la eliminación de aranceles al comercio bilateral con Perú. Por su parte, las exportaciones desde Perú muestran un comportamiento positivo en su valor, siendo los mejores los correspondientes a los sectores otros alimentos; metales, minerales preciosos y productos metálicos; y químicos y otros. Este comportamiento es consecuencia de la incorporación de Perú a la zona de libre comercio con los demás países andinos.

10. CAMBIOS EN LA PRODUCCIÓN A NIVEL SECTORIAL

Los cambios generados en los niveles de producción en los diferentes sectores se deben fundamentalmente a cambios en el volumen de importaciones y de exportaciones y, por tanto, son una consecuencia de la disminución en los niveles de protección en la economía en cuestión y en el extranjero.

En la tabla que se presenta a continuación se listan los sectores que muestran mayores expansiones y mayores contracciones en su producción física, en cada uno de los países andinos.

Tabla 14. Sectores con los Mayores Aumentos Absolutos en su Nivel de Producción Física.

Colombia		Perú		Ecuador - Bolivia		Venezuela	
Confecciones	934	Confecciones	178	Derivados Pet	107	Otros Aliment	37
Textiles	277	Textiles	165	Químicos y Otr	69	Vegetales y Fr	36
Azúcar	102	Metales MPM	128	Fuentes Energ	65	Relacionados	35
Cuero	34	Otros Aliment	55	Maquinaria y E	45	Metales MPPM	20
Fuentes Energ	5	Azúcar	53	Metales MPPM	40	Confecciones	18

Fuente: simulaciones de los autores

Como se desprende de la información relativa al comportamiento del valor de las exportaciones por sector, presentada arriba, para Colombia, Perú y Venezuela se encuentra una alta coincidencia entre los sectores que expanden su producción y aquellos que ven aumentar el valor de sus exportaciones. La coincidencia es baja en el caso de Ecuador-Bolivia, ya que sólo el sector de confecciones aparece en los dos casos dentro de los cinco sectores más relevantes.

Si se observa el aumento de la producción en términos relativos, para Colombia los sectores más dinámicos son los mismos que aparecen en la tabla arriba. En el caso de Perú únicamente el sector de productos derivados de las fuentes de energía (Derivados Pet) tiene un crecimiento relativo que lo haría figurar entre los cinco primeros, en tanto que el

del sector otros alimentos figura en el séptimo lugar. En lo que respecta a Venezuela, el aumento de la producción en términos relativos haría entrar entre los cinco primeros sectores a los minerales y productos metálicos y a los productos de cuero, desplazando a las fuentes de energía y a los metales, minerales preciosos y productos metálicos que pasarían a ocupar el décimo y el séptimo puestos, respectivamente. En el caso de Ecuador-Bolivia es donde se encuentra la menor coincidencia en los resultados del ordenamiento de acuerdo con estos dos criterios. Los sectores de productos relacionados con la agricultura y metales, minerales preciosos y productos metálicos se mantienen dentro de los cinco primeros lugares en términos absolutos y relativos. Mientras tanto, los sectores de semillas oleaginosas; fibras vegetales; y azúcar hacen parte del grupo con mayores crecimientos relativos de la producción, desplazando a los grupos de otros alimentos; vegetales y frutas; y confecciones que bajan al octavo, sexto y séptimo lugares, correspondientemente.

En lo que se refiere a los sectores que presentan las disminuciones absolutas más grandes en cuanto a su nivel de producción, se puede decir lo siguiente: Para los países participantes en el ALC, los sectores de vehículos y equipo de transporte y maquinaria y equipos son los que presentan las mayores disminuciones en cuanto a producción. En general, como podría esperarse, se presenta para todos los países una relativamente alta coincidencia entre los sectores que más pierden producción y aquellos en los cuales el valor de las importaciones aumenta en mayor medida (en términos absolutos). En este sentido es interesante el caso de Ecuador-Bolivia, por cuanto allí dos de los sectores con disminuciones altas en la producción ocupan lugares relativamente bajos en cuanto a aumento en el valor de las exportaciones. Esto se debe al efecto de los precios, por lo que se tiene que las cantidades importadas de estos bienes aumentan, llevando a disminuir la producción. En la Tabla 15, abajo, se presenta la información pertinente.

Tabla 15. Sectores con las Mayores Disminuciones Absolutas en su Nivel de Producción Física.

Colombia		Perú		Ecuador - Bolivia		Venezuela	
Vehículos y Tr	-342	Maquinaria y E	-289	Vehículos y Tr	-701	Vehículos y Tr	-94
Maquinaria E	-202	Vehículos y Tr	-95	Relacionados	-12	Maquinaria y E	-23
Metales MPM	-111	Químicos y Otr	-39	Aceites Veget	-10	Carnes	-17
Químicos y Ot	-104	Aceites Veget	-30	Carnes	-10	Otros Cultivos	-15
Otros Aliment	-85	Otras Manufac	-27	Vegetales y Fr	-6	Cereales	-13

Fuente: simulaciones de los autores

Si se listan los sectores de acuerdo con sus disminuciones relativas en el nivel de producción, encontramos que, a diferencia de lo que sucede en el caso de los sectores con mayores crecimientos, el nivel de coincidencia entre los sectores al ser ordenados según los dos criterios es relativamente bajo.

En el caso de Colombia, los sectores de vehículos y equipo de transporte y maquinaria y equipo figuran entre los que registran disminuciones relativas altas. A éstos se agregan los de cereales, trigo y aceites vegetales, con disminuciones relativas entre el 12 y casi el 5 por ciento. Para Perú, los sectores de maquinaria y equipo; vehículos y equipo de transporte; y aceites vegetales se encuentran entre los que tienen disminuciones relativas elevadas, junto con los sectores arroz procesado y cereales. En Venezuela, los tres sectores con las disminuciones absolutas más altas tienen también disminuciones relativas elevadas. A éstos se suman los sectores de arroz procesado y arroz paddy. Finalmente, en el caso de Ecuador-

Bolivia, los vehículos y equipo de transporte; cereales y carne presentan disminuciones absolutas y relativas altas, mientras que el trigo y los cueros figuran entre los cinco sectores con disminuciones relativas mayores.

En consideración a que es una información de interés para la formulación de política, en los anexos (Tabla A5) se presentan los datos relacionados con los cambios relativos en el nivel de producción para la totalidad de sectores del estudio, para cada país de la Comunidad Andina.

Tabla 16. Cambios en el Nivel de Producción Física para el Sector Agropecuario*

Colombia		Perú		Ecuador - Bolivia		Venezuela	
Azúcar	101.8	OtrosAliment	55.1	Cuero	10.6	Otros Aliment	37.4
	5.3		1.1		0.8		1.2
Cuero	34.4	Azúcar	53.3	Bebidas y Tab	10.5	Vegetales y Fr	36.4
	3.2		4.1		0.3		2.0
ArrozProcesa	-0.9	Ganado	10.3	OtrosAliment	7.6	Relacionados	34.6
	-0.1		0.7		0.1		2.4
Pesca	-2.3	Pesca	1.1	Semillas Olea	1.3	Azúcar	17.4
	-0.4		0.1		0.7		3.0
Trigo	-3.2	Arroz Paddy	0.9	Pesca	0.4	Semillas Olea	5.9
	-9.1		0.3		0.1		5.2
Semillas Olea	-3.5	Semillas Olea	-0.1	Trigo	0.1	Fibras Vegeta	5.2
	-1.0		-0.1		0.1		4.5
Arroz Paddy	-3.6	Fibras Vegeta	-0.8	Fibras Vegeta	0	Pesca	3.6
	-0.6		-0.6		0.0		0.6
Fibras Vegeta	-6.3	Lácteos	-1.8	Arroz Procesa	-0.2	Ganado	2.6
	-4.3		-0.2		-1.9		0.4
Vegetales y Fr	-13.9	Vegetales y Fr	-6.5	Otros Cultivo	-0.2	Arroz Paddy	0
	-0.3		-0.4		0.0		0.0
Relacionados	-26.1	Trigo	-8.8	Arroz Paddy	-1.3	Lácteos	-2
	-1.7		-2.4		-1.8		-0.5
Lácteos	-29.7	Cuero	-8.8	Ganado	-1.4	Arroz Procesa	-3.3
	-0.8		-1.1		0.0		-1.5
Ganado	-34.1	Otros Cultivo	-9.6	Azúcar	-1.7	Aceites Veget	-3.9
	-0.8		-0.3		-0.3		-0.7
Bebidas y Tab	-40.2	Bebidas yTaba	-10.2	Lácteos	-3.3	Cuero	-7.2
	-1.1		-0.4		-0.1		-2.0
Cereales	-42.9	Cereales	-10.8	Cereales	-5.2	Bebidas yTaba	-8.7
	-11.8		-2.6		-0.6		-0.7
Otros Cultivo	-45.2	Relacionados	-12.9	Vegetales y Fr	-6.3	Trigo	-9.3
	-1.2		-0.4		-0.3		-5.3
Aceites Veget	-49	Arroz Procesa	-13	Carnes	-9.6	Cereales	-13.1
	-4.7		-3.4		-0.6		-6.1
Carnes	-61.1	Carnes	-14.8	Aceites Veget	-10.3	Otros Cultivo	-14.6
	-1.1		-0.7		-0.8		-1.0
Otros Aliment	-85.1	Aceites Veget	-30	Relacionados	-11.6	Carnes	-16.5
	-1.4		-3.9		-0.9		-2.0

* Las cifras en la línea superior se refieren a los cambios absolutos en el nivel de producción y las de la línea inferior a su nivel relativo.
Fuente: simulaciones de los autores

Finalmente, es importante observar sumariamente cuáles son los efectos que este escenario de liberalización comercial tiene sobre el sector agropecuario (entendido en un sentido amplio), en términos de sus niveles absolutos de producción. Esto permite una identificación elemental de los sectores «ganadores» y «perdedores» en el mismo. La Tabla 16 presenta la información del caso.

Como se observa, la mayoría de los sectores vinculados a esta rama de la actividad económica experimentan disminuciones en sus niveles de producción. Esto indica que tanto la competencia con los bienes importados como los cambios en los precios relativos señalan una falta de ventaja comparativa en estas áreas¹⁶. Juzgando por el número de sectores que muestran efectos positivos o negativos, un indicador apenas visual de la importancia de los efectos, el sector agropecuario colombiano es el más golpeado por la liberalización comercial, con sólo dos sectores experimentando algún aumento en la producción. Le siguen en su orden Perú, Venezuela y Ecuador-Bolivia, países en los cuales un número muy moderadamente creciente de sectores presentan aumentos en la producción. Aun en el caso de Ecuador-Bolivia, que experimenta el menor número de contracciones de la producción, 9 sectores reducen su producción, 1 no registra cambios y los restantes 8 crecen.

11. LOS EFECTOS DIFERENCIALES DE TRES ALTERNATIVAS DE DESGRAVACIÓN DEL SECTOR AGROPECUARIO

En esta sección se analizan los efectos sobre el bienestar, la producción sectorial y la remuneración a los factores, de tres alternativas de desgravación para el sector agropecuario en el marco del ALC con los Estados Unidos. En las secciones precedentes, como se desprende de la presentación de los escenarios hecha en la primera parte del estudio, se considera una desgravación bilateral completa y sin excepciones del sector. En esta sección consideraremos los efectos de las alternativas de desgravación que se presentan a continuación.

En primer lugar se considera la excepción completa para los sectores considerados sensibles. Estos sectores coinciden, grosso modo, con los productos cobijados por el Sistema Andino de Franjas de Precios (SAFP). En términos de la agregación sectorial empleada en el modelo, los sectores sensibles son: arroz paddy, arroz procesado, trigo, cereales, semillas oleaginosas, aceites vegetales, azúcar, carnes y lácteos. Este escenario se denomina ALC con Sensibles.

En segundo lugar se contempla la opción de una reducción parcial de los aranceles para los productos agropecuarios sensibles. En particular, la reducción considerada es del 50%, es decir, el arancel total cargado por los países andinos en el año base se reduce en un 50%. Este escenario se denomina ALC con Desgravación Parcial.

Finalmente, se considera el caso en que los productos agropecuarios sensibles se desgravan únicamente en el componente fijo del arancel cobrado en el año base. Es decir, manteniendo la parte variable del arancel que tiene origen en la operación del SAFP¹⁷. Este escenario se denomina ALC con Franjas. En la simulación correspondiente se asume que el sistema de

¹⁶ Seguramente es más preciso hablar de ventajas competitivas por cuanto la competencia con los bienes importados no se lleva a cabo en un terreno neutro. Bien por el contrario, los precios de los bienes reflejan los efectos de las ayudas internas y de los instrumentos de competencia exportadora que son empleados por las distintas regiones. No obstante, preferimos usar el término ventaja comparativa porque éste responde más claramente a la idea de costo de oportunidad que subyace a los cambios aquí ilustrados.

¹⁷ Debe recordarse que la referencia al SAFP se hace de forma genérica. Es decir, comprende los dos sistemas de estabilización de precios empleados al interior de la Comunidad Andina.

estabilización empleado por Perú es en todo similar al SAFF, es decir su cobertura de bienes, el valor del arancel total y el valor del arancel fijo son iguales a los del SAFF.

De esta forma se trata de proporcionar información sobre el efecto que tendría el eventual logro de una de estas alternativas (o una similar en sus efectos, como podría ser cierta forma de cuotas), sobre los resultados básicos del acuerdo.

11.1 EFECTOS SOBRE EL BIENESTAR

El primer resultado que interesa resaltar es que los efectos de las alternativas de desgravación consideradas para los sectores agropecuarios sensibles sobre el PIB, son despreciables. Este es un resultado esperable si se tiene en cuenta que la participación de estos sectores en el producto nacional es baja. Sin embargo, es ilustrativo mencionar sumariamente el sentido de los cambios registrados con respecto a la completa liberalización del sector.

En el caso de Colombia, las tres alternativas generan un aumento del PIB, reducido y similar en su nivel: alrededor del 0.1 por ciento. En el caso de Perú, las dos primeras alternativas producen disminuciones de pequeña magnitud del PIB y similares en tamaño (0.1 por ciento), en tanto que la última alternativa coloca el PIB en un nivel similar al del escenario de desgravación total. En el caso de Venezuela, como es de esperar, prácticamente no se producen efectos; el PIB permanece esencialmente al mismo nivel que en el escenario de desgravación completa. Por último, en el caso de Ecuador-Bolivia los dos primeros escenarios generan aumentos pequeños y de similar magnitud en el PIB, aunque un poco mayores que los registrados en el caso de los otros países andinos (0.2 por ciento), mientras que el último escenario no produce efectos prácticos sobre el PIB obtenido en el caso de desgravación completa del sector.

Los efectos sobre el PIB no necesariamente van en la misma dirección que los del bienestar. En la Tabla 17, abajo, se presentan los efectos de estas alternativas de desgravación sobre el bienestar (de nuevo, medido como la variación equivalente en millones de dólares de 1997). Allí se observa que para Colombia la exclusión de los sectores sensibles y la desgravación parcial de los mismos, genera pérdidas de bienestar respecto a la liberalización completa. No obstante, la opción de desgravar únicamente el arancel fijo produce una mejora en el bienestar. Los resultados para Perú son similares. Las dos primeras alternativas producen disminuciones en el bienestar que son suficientes para llevar la economía a presentar pérdidas netas de bienestar. La tercera alternativa, sin embargo, produce un nivel de bienestar superior a la liberalización completa. Debido a que todas las alternativas consideradas implican una menor reducción de los aranceles, el impacto de una menor pérdida de competitividad lleva a que la economía venezolana experimente mejoras en el nivel de bienestar bajo las tres opciones. En el caso de Ecuador-Bolivia las tres opciones representan mejoras en el nivel de bienestar obtenido, aunque éste sigue siendo negativo en todos los casos. Las dos primeras opciones generan niveles de bienestar similares en tanto que para la tercera es un poco menor.

Tabla 17. Efecto de las Alternativas de Desgravación de los Sectores Agropecuarios Sensibles Sobre el Bienestar (Variación Equivalente – millones de dólares de 1997)

País	ALC	ALCA con sensibles	ALC con Desgravación Parcial	ALC con Franjas
Colombia	-75.5	-96.0	-113.2	-69.6
Perú	17.4	-0.5	-5.4	18.9
Venezuela	-70.5	-68.2	-67.6	-69.8
Ecuador - Bolivia	-142.5	-135.5	-135.5	-140.5

Fuente: simulaciones de los autores

El hecho de que la completa liberalización del sector no sea para ninguno de los países andinos la mejor alternativa, en términos de su resultado de bienestar, es un indicador del grado de desviación de comercio que está implícito en los procesos de liberalización que son simulados. La forma cómo éstos operan no es simétrica para los países andinos y por ello la desgravación del arancel fijo, manteniendo el arancel variable del SAFF, es la mejor opción para Colombia y Perú, en tanto que para Ecuador-Bolivia lo son bien la exclusión o la desgravación parcial. Esto parece deberse a que el deterioro en los términos de intercambio en estas dos alternativas es menor.

11.2 EFECTOS SOBRE LA PRODUCCIÓN

Posiblemente el resultado más notable que surge de los tres escenarios de desgravación de los sectores agropecuarios sensibles es que su impacto sobre los niveles de producción no necesariamente es el esperado. La presencia de niveles de protección diferenciados por sectores genera cambios en los precios relativos de los bienes, cuyos efectos no son de fácil previsión. En líneas generales puede decirse que los sectores más «alejados» de la agricultura, como cueros, productos relacionados, bebidas y tabaco, otros alimentos, y pesca, presentan cambios despreciables en sus niveles de producción a través de los escenarios. Un grupo de sectores, más vinculados a los sectores sensibles, como fibras vegetales y vegetales y frutas, presentan variaciones moderadas en sus niveles de producción. Por supuesto, los sectores sensibles presentan las variaciones más grandes en los niveles de producción. A continuación se hacen algunos comentarios generales a estos efectos, país por país, y en los anexos se presentan las tablas que contienen la información base para los mismos (Tablas A6).

En el caso de Colombia, los sectores sensibles tienden a presentar las mayores pérdidas de producción en el escenario de completa liberalización y en el que mantiene las franjas de precios. Sin embargo, no es cierto que en todos los casos las mayores pérdidas se presenten con la liberalización completa. En buena medida, la forma como se comparan los resultados del escenario con mantenimiento de las franjas de precios y el de desgravación parcial dependen de los particulares niveles de aranceles que fueron aplicados en el año base para estos sectores. Por ejemplo, el nivel arancelario aplicado para las semillas oleaginosas impidió la simulación plena del escenario con franjas de precios, ya que el arancel promedio anual aplicado fue igual al arancel fijo para el grupo de bienes agrupados en este sector.

Los sectores que muestran las variaciones más disímiles entre escenarios son el trigo y los cereales (con oscilaciones que fluctúan alrededor de 7 puntos porcentuales). En ambos casos los resultados son los esperables, ya que la mayor disminución en la producción se

da con la completa liberalización, seguida por el escenario con franjas de precios. En los casos del azúcar y los aceites vegetales se encuentran variaciones moderadas (alrededor de 3 puntos porcentuales) aunque no siempre en la dirección esperable (las pérdidas de producción para los aceites en el escenario con franjas son ligeramente superiores a las del escenario de completa liberalización). Los demás sectores muestran variaciones reducidas, lo que indicaría que la respuesta de la producción en estos casos no es muy sensible a las diferencias en protección implicadas por estos escenarios (a pesar de que van desde la completa liberalización hasta la exclusión).

En el caso de Perú, a diferencia del de Colombia, las variaciones en los niveles de producción para todos los sectores sensibles bajo todos los escenarios son reducidas. Las mayores se encuentran en los sectores trigo y azúcar, con variaciones de alrededor de 2 puntos porcentuales. No obstante, debe recordarse que los cambios generales en el nivel de producción registrados para Colombia tienden a ser mayores que para sus socios andinos. Para Perú, las mayores disminuciones en la producción se presentan en los escenarios de completa liberalización y de ALC con franjas, aunque para algunos sectores este último genera disminuciones marginalmente mayores que el primero. En ningún caso la exclusión de estos sectores produce disminuciones de la producción superiores al 3.1 por ciento.

De todos los países andinos, Venezuela es el que presenta las menores variaciones en los niveles de producción para los sectores agropecuarios en general. En esa medida y dado que en los escenarios alternativos que acá se consideran, sus aranceles no sufren modificaciones adicionales, los cambios en la producción de los sectores sensibles son prácticamente despreciables en todos los casos. El mayor es de 1.7 puntos porcentuales y se registra para el sector de arroz paddy.

Los sectores que presentan las variaciones más grandes entre escenarios en el caso de Ecuador-Bolivia son trigo, cereales, aceites vegetales y azúcar, con variaciones extremas entre 5.5 y 3 puntos porcentuales aproximadamente. Lo demás sectores sensibles enseñan variaciones moderadas, de niveles similares a las encontradas para los demás sectores agropecuarios. Estas variaciones son en general inferiores al 1 por ciento.

En síntesis, sólo unos pocos sectores, principalmente trigo, cereales y azúcar, presentan variaciones de consideración en sus niveles de producción a través de las diferentes alternativas de desgravación para los sectores agropecuarios sensibles. Por tanto, los beneficios derivados de mantener un cierto nivel de protección a estos sectores, en el sentido de amortiguar caídas en su producción, son menores y no pareciera justificarse su logro.

11.3 EFECTOS SOBRE LA REMUNERACIÓN A LOS FACTORES

Los escenarios considerados tienen efectos sobre la remuneración real a los factores. En el caso de Colombia, debido a la protección retenida sobre los sectores sensibles, la remuneración a la tierra disminuye en menor grado que cuando el sector se liberaliza completamente. Dicha remuneración desciende en menor grado cuando se desgrava únicamente el arancel fijo y un poco más en el caso de exclusión y en el de desgravación parcial. Es interesante notar que la mejor remuneración a la tierra no se logra cuando los sectores sensibles son excluidos. Por lo que hace al trabajo no calificado, los escenarios de exclusión y de desgravación parcial hacen disminuir la remuneración al factor (con relación a la completa liberalización bajo el ALC), en tanto que el que mantiene las franjas de precios en operación genera el mismo nivel de remuneración que la liberalización completa. Por tanto, para el trabajo no calificado no parece haber ventaja en mantener protección a los sectores sensibles. Esta situación es más clara en los casos de la remuneración al trabajo

calificado y al capital. Para éstos, las remuneraciones reales disminuyen con la protección a los sectores sensibles y esto ocurre en mayor grado en los dos primeros escenarios.

Para Perú la situación es diferente en este respecto. La remuneración a la tierra disminuye en los dos primeros escenarios respecto al escenario de completa liberalización (llegando incluso a disminuir con relación a los niveles del año base), en tanto que en el escenario que mantiene las franjas de precios la remuneración real a este factor aumenta. El trabajo no calificado y el calificado experimentan efectos similares. Los dos primeros escenarios hacen disminuir la remuneración a estos factores, mientras que el tercero las deja intactas. El capital registra una disminución en su remuneración real en el escenario de desgravación parcial, al paso que ésta se mantiene sin modificación en los otros escenarios. En resumen, y haciendo abstracción del aumento mencionado de la remuneración a la tierra en el escenario con franjas de precios, las remuneraciones a los factores no se benefician del mantenimiento de algún nivel de protección nominal a los sectores sensibles.

Los cambios esperados en la remuneración de los factores en el caso de Venezuela son mínimos ya que sus propios niveles de protección no son modificados y su comercio con los otros países andinos en los sectores sensibles es relativamente reducido. En efecto, un examen de las cifras muestra que sólo la remuneración a la tierra sufre modificaciones, en tanto que las remuneraciones a los otros factores no presentan cambio alguno. En todos los escenarios la remuneración a la tierra disminuye con respecto al nivel de base. Sin embargo, comparada con la obtenida en el escenario de completa liberalización, ésta mejora en el escenario que mantiene las franjas. El aumento es un poco mayor en el escenario de exclusión y aun un poco más alto en el de desgravación parcial.

Por último, en el caso de Ecuador-Bolivia la remuneración a la tierra, que ya presentaba un aumento en el escenario de liberalización completa con relación a la base, aumenta en los tres escenarios. Estos aumentos son menores en el caso del escenario que mantiene las franjas de precios, un poco mayores en el de exclusión y llegan a su máximo en el de desgravación parcial. Los resultados son diferentes para el trabajo no calificado. Este presenta disminuciones en su nivel real de remuneración en los dos primeros escenarios y permanece inmodificado en el tercero. El trabajo calificado y el capital presentan cambios similares en sus niveles de remuneración. Éstas permanecen inalteradas en el escenario que mantiene las franjas de precios, disminuye en el de exclusión y se hace menor aún en el de desgravación parcial. Por tanto, como sucede en el caso de Venezuela, al único agente económico al que favorecería el mantenimiento de un cierto nivel de protección a los sectores agropecuarios sensibles es a los propietarios de la tierra.

La síntesis de este análisis es que para la totalidad de los países andinos, y en lo que respecta a los cambios esperables en los niveles de remuneración real a los factores productivos, los únicos agentes que se beneficiarían con el logro de un cierto nivel de protección a los sectores agropecuarios sensibles son los propietarios de la tierra. Todos los factores productivos restantes experimentan disminuciones en sus remuneraciones o, en el mejor de los casos, permanecen indiferentes (aunque esto no sucede para todos ellos simultáneamente). En los anexos, Tabla A7, se presentan las cifras acerca del comportamiento de la remuneración real a los factores bajo los diferentes escenarios.

12. ALGUNAS IMPLICACIONES GENERALES

El propósito de esta sección es llamar la atención del lector sobre algunas posibles implicaciones que el análisis detallado del escenario ALC tiene para la formulación de

política industrial. Estas son fundadas en un análisis empírico de la economía en su conjunto, teóricamente consistente y, en esa medida, tienen una validez que no es fácil de alcanzar por métodos de análisis alternativos.

No obstante, el alcance de las mismas es limitado por varias razones. Posiblemente, la principal entre ellas se desprende del necesario nivel de agregación sectorial que un enfoque metodológico como el seguido en este estudio tiene. En efecto, los sectores económicos tal como se representan en un modelo de equilibrio general no especializado en algún sector, como el acá empleado, «enmascaran» el detalle que es indispensable para formular cierto tipo de política industrial (en el sentido de una política «activa» y focalizada). Por ejemplo, cuando en el contexto de este estudio se habla de los flujos comerciales de un sector, se puede estar hablando bien de los flujos de un puñado de bienes (líneas del sistema armonizado, por ejemplo), bien de los flujos agregados de un número relativamente amplio de bienes. En los dos casos la situación se caracterizaría como correspondiendo a una base exportadora altamente concentrada, y posiblemente «dependiente», o a una base exportadora relativamente diversificada, respectivamente. Es claro que poder realizar una caracterización como ésta es indispensable para proporcionar sugerencias efectivas para la formulación de política. Esta es, entre otras, una limitación que debemos asumir.

Dejando estas advertencias atrás, procedemos a examinar brevemente el tema de los sectores «ganadores» y «perdedores» del acuerdo. Desde el punto de vista de la información proporcionada en el estudio hay varias formas alternativas de definir los sectores según esta taxonomía. Una se deriva simplemente de los efectos del proceso de liberalización sobre los niveles de producción de los sectores. Una segunda alternativa se relaciona con la contribución de los sectores al bienestar. Dentro de ésta es posible distinguirlos de acuerdo a sus contribuciones por componentes del bienestar (esto es, asignación de recursos y movimientos en los términos de intercambio). Una tercer alternativa es clasificarlos de acuerdo a su posición comercial, es decir, al aumento o disminución en los niveles de exportaciones.

Como el énfasis del estudio es en los efectos generales para la economía, hemos tomado la vía de clasificar los sectores de acuerdo a su contribución neta al bienestar. En esta medida, hemos agregado para cada sector sus contribuciones por concepto de asignación de recursos y por concepto de términos de intercambio. Esta decisión no es carente de controversia, sin embargo pensamos que refleja de forma adecuada la idea de sectores «ganadores» y «perdedores» desde el punto de vista de la economía en su conjunto, o mejor sería decir, de sectores «generadores de ganancias» y «generadores de pérdidas».

Para el caso de Colombia, los sectores generadores de ganancias son, en su orden, fuentes de energía; carnes; otras manufacturas; derivados de las fuentes de energía y aceites vegetales y grasas. En el caso de Perú son: maquinaria y equipo; derivados de las fuentes de energía; arroz procesado; azúcar; y productos relacionados con la agricultura. Para Venezuela la lista la forman las fuentes de energía; los derivados de las fuentes de energía; las bebidas y los productos de tabaco; la pesca; y el arroz procesado. Para Ecuador-Bolivia son: fuentes de energía; carnes; azúcar; pesca; y confecciones.

Por el otro extremo, los principales sectores generadores de pérdidas son, en cada caso: Para Colombia, confecciones; vehículos automotores y equipo de transporte; otros cultivos; maquinaria y equipo; y vegetales y frutas. Para Perú, metales, minerales preciosos y productos metálicos; confecciones; productos químicos y otros; otros alimentos; y textiles. Para Venezuela, vehículos automotores y equipo de transporte; maquinaria y equipos; metales, minerales preciosos y productos metálicos; aceites vegetales y grasas; y productos

químicos y otros. Finalmente, para Ecuador-Bolivia, otros alimentos; metales, minerales preciosos y productos metálicos; vehículos automotores y equipo de transporte; productos químicos y otros; y vegetales y frutas.

Desde una perspectiva como ésta, la especialización competitiva de las economías de los países andinos podría seguir como grandes líneas orientadoras los siguientes dos criterios. Primero, el apoyo al fortalecimiento de los sectores generadores de ganancias de bienestar. Segundo, el apoyo al fortalecimiento de los sectores con ventaja comparativa tal como ésta se revela en el comportamiento que presentan en términos de: (a) aumentos en la producción resultantes de los procesos de ajuste a la mayor liberalización del comercio, y (b) crecimiento en las exportaciones. En el marco de este segundo criterio parece fundamental la acción encaminada al mejoramiento de la eficiencia, por cuanto la mayor parte de los efectos que inciden negativamente sobre los sectores que responden a esta segunda caracterización, provienen de movimientos adversos en los términos de intercambio.

Los apoyos mencionados, sin embargo, deben darse en el marco de una política general de soporte al desarrollo de la competitividad. Se ha escrito mucho sobre las características que una política como esta debe tener y no es éste el lugar para entrar en el tema. Baste con mencionar la importancia que dentro de ésta tienen los programas de educación general y especializada de la población, los programas de investigación e innovación tecnológica, el fortalecimiento de la política de competencia y la provisión de servicios básicos de infraestructura. Adicionalmente, no debe perderse de vista que la identificación de los sectores «ganadores» en la forma arriba mencionada, es el resultado de un ejercicio de liberalización discriminatoria. Esto quiere decir que la identificación de los sectores aún tiene el lastre de las distorsiones que esto implica y, por tanto, debe tomarse con la debida reserva y precaución.

13. ALGUNAS RECOMENDACIONES BÁSICAS PARA LOS NEGOCIADORES

Un estudio como el presente permite tener una apreciación general del impacto potencial que puede tener sobre la economía la profundización del grado de liberalización comercial de la misma. En el caso particular de la Parte II de este estudio, proporciona una imagen relativamente detallada de los cambios esperables en las economías de los países andinos como consecuencia de la suscripción de un acuerdo de libre comercio con Estados Unidos. No obstante, dado el nivel de agregación sectorial del trabajo, no es factible derivar recomendaciones puntuales para los negociadores del acuerdo acerca de la forma como éste debería negociarse. Por ello, en esta sección se esbozan algunas recomendaciones básicas en torno a los objetivos que se identifican como deseables en la negociación, a partir de los resultados del estudio. En este sentido, correspondería a otras instancias la concreción de estas recomendaciones generales en pautas específicas de negociación¹⁸.

Las recomendaciones generales son las siguientes:

1. PRESERVACIÓN DE LOS BENEFICIOS DEL ATPDEA

La estrategia de construcción de escenarios seguida en este estudio consiste esencialmente en colocar el ALC con Estados Unidos en el contexto de los procesos de liberalización

¹⁸ El nivel de agregación sectorial del modelo no permite, como se mencionó en la sección anterior, identificar de forma inmediata las partidas del sistema armonizado que son relevantes dentro de cada grupo de bienes. En consecuencia, la concreción de las recomendaciones generales en pautas específicas pasa por al menos dos trabajos adicionales. El primero se refiere a la identificación de las partidas relevantes dentro de cada agrupación de bienes. El segundo tiene que ver con la obtención de alguna estimación sobre los efectos que las diferentes partidas pueden tener sobre la estructura de protección efectiva. Esto se debe a que partidas que eventualmente no tienen un peso aparentemente significativo en el comercio, pueden tener importancia en términos de la forma cómo pueden impactar la protección efectiva de otras partidas o agrupaciones de partidas.

comercial en curso. Como se muestra en el Anexo del informe, en la sección relativa al escenario de Statu Quo sin ATPDEA, una valoración económica de las preferencias del ATPDEA indica que éstas representan valores en el orden de 416, 137 y 168 millones de dólares de 1997 para Colombia, Perú y Ecuador-Bolivia, respectivamente. De la misma forma se indica que si la no renovación de estas preferencias fuera una consecuencia directa de un eventual fracaso en la concreción del ALC, las pérdidas netas de bienestar para estos mismos países serían del orden de 298, 106 y 126 millones de dólares (de 1997).

De una forma muy esquemática puede decirse que, para los países andinos participantes en la negociación del acuerdo, la historia detrás de los resultados del estudio es la de una erosión de preferencias comerciales logradas a través de acuerdos previamente suscritos. Por ello, la «pérdida» de las preferencias del ATPDEA en la negociación, es decir la incorporación de los bienes beneficiados con ellas a las listas de desgravación en condiciones similares a las de bienes no beneficiarios, representaría un «costo de ajuste» relativamente elevado para estas economías¹⁹.

A todas luces, este es un costo que es importante evitar, especialmente en el caso de los sectores altamente exportadores, ya que son éstos precisamente los que deben absorber una parte importante de los recursos productivos que se liberan de los sectores que compiten con las importaciones. El retroceso de los flujos comerciales que está implícito en la «pérdida» de las preferencias del ATPDEA implica una merma considerable de la capacidad de los sectores exportadores para incorporar recursos liberados en otros sectores, haciendo más oneroso el proceso de ajuste de la economía.

2. DESGRAVACIÓN RÁPIDA PARA LOS SECTORES EXPORTADORES NO BENEFICIARIOS DEL ATPDEA

En el estudio se muestra que los sectores que presentan mayores crecimientos en sus niveles de producción o en el valor de sus exportaciones no son necesariamente los que más contribuyen al bienestar. Este resultado, como se recordará, es una consecuencia de los movimientos que se presentan en los términos de intercambio. No obstante, es importante entender que los cambios en los precios, generados endógenamente en el modelo en el proceso de obtener el nuevo equilibrio, son independientes de los cambios en los precios que se presentan en el mundo real como consecuencia de la acción de múltiples factores y que es muy probable que estos últimos sean más importantes en magnitud que los generados en el modelo. Por lo anterior, aunque imperfecto, el cambio generado en el nivel de producción de los bienes es un indicador adecuado del papel que éstos juegan en la nueva estructura productiva y del papel que cumplen en el proceso de ajuste de la economía a las nuevas condiciones de protección comercial.

Como en el caso anterior, es claro que los sectores cuya producción se expande absorban los recursos liberados desde los sectores cuya producción se contrae. Por ello es importante garantizar que la expansión de estas producciones tenga lugar de la forma más expedita posible. De esta forma el proceso de ajuste de la economía a la nueva estructura de protección y los costos asociados a éste, se hacen más manejables. En la medida en que la expansión de la producción está ligada al mejor acceso al mercado de Estados Unidos, es importante que se consiga en la negociación una eliminación rápida de los aranceles a estos bienes.

¹⁹ Hablamos de un «costo de ajuste» en el sentido en que a los tradicionales costos que para la economía implican los procesos de reasignación de recursos entre sectores productivos, se agregaría la pérdida del bienestar que hoy generan las preferencias (por supuesto, la valoración concreta de estas pérdidas depende por completo de la forma como se inicie el programa de desgravación de los bienes beneficiados).

De forma sumaria, los bienes en cuestión pertenecen a las siguientes agrupaciones sectoriales. Para Colombia: confecciones; textiles; azúcar; cuero y fuentes de energía. Para Perú: confecciones; textiles; azúcar; metales, minerales preciosos y productos metálicos y derivados de las fuentes de energía. Para Ecuador-Bolivia: semillas oleaginosas; fibras vegetales; azúcar; productos relacionados con la agricultura; metales, minerales preciosos y productos metálicos; vegetales y frutas, confecciones; otros alimentos; pesca; fuentes de energía y minerales y productos minerales.

3. DESGRAVACIÓN LENTA PARA LOS SECTORES COMPETIDORES CON LAS IMPORTACIONES

En este caso el razonamiento es similar al anterior pero aplicado en forma inversa. Los sectores que verán sus niveles de producción disminuir como consecuencia del incremento de la competencia con las importaciones, liberarán recursos productivos que deben ser reasignados a otros sectores. Es en estos sectores donde se siente con mayor intensidad el costo de ajuste de la economía y cualquier medida que coadyuve en la «racionalización» de estos costos tendrá efectos positivos sobre la economía. Por ello debe buscarse que la eliminación de aranceles para estos sectores se ubique en las cajas de desgravación lenta del programa de liberalización. Sería ideal que el programa de desgravación estuviera graduado de forma tal que la liberalización de sectores tenga en cuenta sus intensidades factoriales, tanto por el lado de los bienes cuya producción se expande como por el lado de los que se contraen. De esta forma se tendría una suerte de sincronización entre el proceso de liberalización de recursos y el de absorción de los mismos, que permita facilitar el manejo de las fricciones propias de los procesos de reasignación de recursos.

De nuevo, una lista elemental de los sectores que requieren un programa de desgravación relativamente lento está dada como sigue. Para Colombia: vehículos y equipo de transporte; cereales; trigo; maquinaria y equipo; aceites vegetales; fibras vegetales y metales, minerales preciosos y productos metálicos. Para Perú: maquinaria y equipo; vehículos y equipo de transporte; aceites vegetales; arroz procesado; cereales y trigo. Para Ecuador-Bolivia: vehículos y equipo de transporte; cereales; trigo; cuero; carnes; arroz procesado y maquinaria y equipo.

4. ALTERNATIVAS PARA LOS SECTORES AGRÍCOLAS SENSIBLES

Sobre este punto es difícil establecer una recomendación, así sea al nivel de generalidad adoptado en esta sección. Las razones para esto son varias. En primer lugar, los diferentes países andinos obtienen distintos resultados de bienestar bajo las alternativas consideradas. En segundo lugar, las diferencias obtenidas en términos de bienestar bajo éstas no son especialmente significativas. En tercer lugar, la forma como se modeló la alternativa que preserva el funcionamiento del SAFP es *ad hoc* en la medida en que sus resultados dependen por entero de los niveles de precios internacionales en el año base empleado y esto limita considerablemente el alcance de las conclusiones que pueden desprenderse del mismo. Hecha esta salvedad, a partir de la información producida por el estudio, en particular la relativa al impacto del acuerdo sobre el bienestar, parecería que es deseable la preservación del SAFP.

Esto es así por cuanto permite una mejoría marginal en los resultados de bienestar para todos los países andinos, a la par que permite, en términos generales, aliviar marginalmente también los descensos esperados en los niveles de producción para estos bienes. No obstante, es importante recordar que estas dos características de esta particular forma de desgravación son tan marginales que su beneficio puede no justificar el esfuerzo negociador para obtenerlas, especialmente si esta concesión requiere el otorgar otras concesiones a cambio.

IMPACTO DE LAS NEGOCIACIONES HEMISFÉRICAS: IMPLICACIONES EN ACCESO A MERCADOS

TABLAS ANEXAS

Tabla A.1 Regiones en el Modelo de Simulación

Región	Sigla	Regiones Incluidas*
Japón	Japón	Japón
China	China	China
Corea	Corea	Corea
Resto de Asia	Resto de Asia	Hong Kong, Taiwán, Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur, Tailandia, Vietnam, Bangladesh, India, Sri Lanka, Resto de Asia del Sur
Canadá	Canadá	Canadá
Estados Unidos	Estados Unidos	Estados Unidos
México	México	México
Centroamérica y el Caribe	Centroamérica y el Caribe	Centroamérica y el Caribe
Colombia	Colombia	Colombia
Perú	Perú	Perú
Venezuela	Venezuela	Venezuela
Ecuador y Bolivia	Ecuador y Bolivia	Resto del Pacto Andino
Brasil	Brasil	Brasil
Argentina	Argentina	Argentina
Resto de Suramérica	Resto de Suramérica	Uruguay, Resto de Suramérica
Chile	Chile	Chile
Unión Europea (15)	Unión Europea	Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Reino Unido, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Portugal, España, Suecia
Resto de Europa	Resto de Europa	Suiza, Resto de EFTA, Albania, Bulgaria, Croacia, República Checa, Hungría, Malta, Polonia, Rumanía, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Latvia, Lituania, Chipre
Rusia y Antigua U.S.	Rusia y Antigua U.S.	Federación Rusa, Resto de la Antigua Unión Soviética
Oceanía	Oceanía	Australia, Nueva Zelandia
Resto del Mundo	Resto del Mundo	Turquía, Resto del Medio Oriente, Marruecos, Resto de Africa del Norte, Botsuana, Resto de la Unión Aduanera de Africa del Sur, Malawi, Mozambique, Tanzania, Zambia, Zimbabwe, Otra Africa del Sur, Uganda, Resto de Africa al Sur del Sahara, Resto del Mundo

* se refiere a las regiones de la base de datos GTAP 5.4

Tabla A.2 Sectores en el Modelo de Simulación

Sector	Sigla	Sectores Incluidos*
Arroz Paddy	Arroz Paddy	Arroz paddy
Arroz Procesado	Arroz Procesado	Arroz procesado
Trigo	Trigo	Trigo
Cereales	Cereales	Cereales
Vegetales y Frutas	Vegetales y Frutas	Vegetales, frutas y nueces
Semillas Oleaginosas	Semillas Oleaginosas	Semillas oleaginosas
Aceites Vegetales y Grasas	Aceites Vegetales	Aceites vegetales y grasas
Azúcar	Azúcar	Caña de azúcar, remolacha de azúcar; Azúcar
Fibras Vegetales	Fibras Vegetales	Fibras vegetales
Otros Cultivos	Otros Cultivos	Otros cultivos
Ganado	Ganado	Ganado y otros animales vivos; Productos animales
Carnes	Carnes	Carnes de diferentes animales; Productos cárnicos
Leche y Productos Lácteos	Lácteos	Leche cruda; Productos lácteos
Pesca	Pesca	Pesca
Otros Alimentos	Otros Alimentos	Otros alimentos
Bebidas y Tabaco	Bebidas y Tabaco	Bebidas y productos de tabaco
Productos Relacionados con la agricultura	Relacionados	Lana, gusanos de seda; Maderas; Productos de madera
Cuero y Productos de Cuero	Cuero	Cuero y productos de cuero
Textiles	Textiles	Textiles
Confecciones	Confecciones	Confecciones
Minerales y Productos Metálicos	Minerales y PM	Minerales; Productos Minerales
Fuentes de Energía	Fuentes Energía	Carbón; Petróleo; Gas
Productos Derivados de las Fuentes de Energía	Derivados Pet	Productos de petróleo y carbón
Productos Químicos y Otros Productos	Químicos y Otros	Productos químicos, de caucho y plástico
Metales, Metales Preciosos y Productos Metálicos	Metales MPPM	Metales ferrosos; Productos metálicos
Maquinaria y Equipos	Maquinaria y Equipos	Equipo electrónico; Maquinaria y equipos
Vehículos automotores, Partes y Equipo de Transporte	Vehiculos y Transportes	Vehículos y partes; Equipos de transporte;
Otras Manufacturas	Otras Manufacturas	Otros productos manufacturados; Papel e impresos
Servicios	Servicios	Electricidad; Manufactura y distribución de gas; Agua; Construcción; Comercio; Transporte; Transporte Marítimo; Transporte Aéreo; Comunicaciones; Servicios financieros; Seguros; Servicios a empresas; Recreación y otros servicios; Administración pública; Vivienda

* se refiere a los sectores de la base de datos GTAP 5.4

Tabla A.3 Preferencias Arancelarias Incorporadas a la Base de Datos en el Año Base

Acuerdo	Nota
MERCOSUR	Eliminación completa de aranceles con la excepción del azúcar. Aunque el sector automotor presentaba importantes restricciones, la agregación sectorial impidió incorporarlas.
CAN	Eliminación completa de aranceles entre Ecuador, Bolivia, Colombia y Venezuela.
CARICOM-MCCA	Eliminación completa de aranceles al interior de los dos grupos regionales. Dado que en la base de datos los dos grupos son tratados como una sola región, se asumió la existencia de libre comercio también entre los dos grupos.
ATPA	Eliminación unilateral de aranceles por parte de los Estados Unidos para Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia. Se exceptuaron de esta eliminación los sectores de textiles, confecciones, petróleo, derivados extractivos y químicos, productos relacionados con la agricultura y azúcar.
Chile-MERCOSUR	Reducción del arancel promedio al 3.2% para las exportaciones chilenas y al 5.7% para las exportaciones del MERCOSUR, con la excepción de vegetales y frutas, carnes, semillas oleaginosas, arroz, azúcar y trigo.
G-3	Se consideraron tres situaciones básicas: excepciones, preferencias bajo PAR (reducción del 28% por parte de México y del 12% por parte de Colombia y Venezuela), y desgravación a diez años (de la cual se implementó la parte proporcional para el período de tiempo transcurrido a 1997, 20%). Lista de Colombia: Exclusiones: autos, cereales, azúcar, fuentes de energía. PAR: carne, lácteos, trigo, arroz, semillas oleaginosas, aceites vegetales, productos relacionados con la agricultura, confecciones. Diez años: otros cultivos, vegetales y frutas, otros alimentos, minerales, textiles, otras manufacturas, papel e impresos, derivados extractivos y químicos. Lista de México: Exclusiones: trigo, cereales, azúcar, fuentes de energía PAR: carnes, lácteos, vegetales y frutas, otros cultivos, arroz, aceites vegetales, textiles (Ven), confecciones (Col). Diez años: productos relacionados con la agricultura, otros alimentos, carbón (Ven), minerales, derivados extractivos y químicos, productos relacionados con la agricultura, textiles (Col), papel e impresos, confecciones (Col), otras manufacturas. Lista de Venezuela: Exclusiones: cereales, azúcar PAR: carnes, lácteos, vegetales y frutas, otros cultivos, arroz, semillas oleaginosas, aceites vegetales, textiles, confecciones. Diez años: productos relacionados con la agricultura, fuentes de energía, derivados extractivos y químicos, papel e impresos.

Tabla A.4. Bienestar Regional en Millones de Dólares: Statu Quo (efecto de los principales acuerdos firmados a la fecha, no contempla la ejecución del ALCA).

Región	Variación Equivalente (EV)		
	Total	Asignación de recursos	Término de intercambios
Japón	-1,606	-284	-1,305
China	1,937	5,121	-2,682
Corea	-445	-156	-283
Resto Asia	-2,499	329	-2,906
Canadá	1,216	1,130	58
Estados Unidos	6,597	1,482	5,130
México	352	617	-285
Centro A y C	929	453	573
Colombia	43	52	-17
Perú	48	89	-51
Venezuela	-37	-145	80
Ecuador-Bolivia	-100	-26	-72
Brasil	2,503	2,377	-90
Argentina	2,946	812	1,775
Resto S América	29	41	-16
Chile	606	98	507
Unión Europea	1,682	731	1,009
Resto Europa	-259	-83	-174
Rusia Ant US	-84	-22	-47
Oceanía	-121	-29	-91
Resto Mundo	-1,930	-731	-1,149

Tabla A.5. Variaciones Porcentuales en el Nivel de Producción de los Sectores como Consecuencia del Acuerdo de Libre Comercio con Estados Unidos.

Colombia		Perú		Venezuela		Ecuador - Bolivia	
Confecciones	34.6	Confecciones	6.1	Maquinaria y E	1.8	Semillas Olea	5.2
Textiles	12.5	Textiles	5.1	Derivados Pet	1.6	FibrasVegeta	4.5
Azúcar	5.3	Azúcar	4.1	Minerales y PM	1.3	Azúcar	3.0
Cuero	3.2	Metales MPPM	3.1	Químicos y Otr	0.9	Relacionados	2.4
Fuentes Energ	0.1	Derivados Pet	2.7	Cuero	0.8	Metales MPM	2.2
Arroz Procesa	-0.1	Minerales y PM	1.4	Semillas Olea	0.7	Vegetales y Fr	2.0
Derivados Pet	-0.2	Otros Aliment	1.1	Metales MPM	0.6	Confecciones	1.6
Vegetales y Fr	-0.3	Ganado	0.7	Textiles	0.5	Otros Aliment	1.2
Pesca	-0.4	Arroz Paddy	0.3	Otras Manufac	0.4	Pesca	0.6
Arroz Paddy	-0.6	Pesca	0.1	Fuentes Energ	0.4	Fuentes Energ	0.5
Lácteos	-0.8	Semillas Olea	-0.1	Bebidas y Taba	0.3	Minerales PM	0.5
Ganado	-0.8	Lácteos	-0.2	Otros Aliment	0.1	Ganado	0.4
Semillas Olea	-1.0	Otros Cultivos	-0.3	Pesca	0.1	Textiles	0.1
BebidasTaba	-1.1	Bebidas y Taba	-0.4	Trigo	0.1	Arroz Paddy	0.0
Carnes	-1.1	Vegetales y Fr	-0.4	Fibras Vegeta	0.0	Químicos y Otr	-0.1
Químicos Otr	-1.2	Relacionados	-0.4	Otros Cultivos	0.0	Lácteos	-0.5
Otros Cultivos	-1.2	Fibras Vegeta	-0.6	Ganado	0.0	Derivados Pet	-0.6
Otros Aliment	-1.4	Carnes	-0.7	Confecciones	-0.1	Otras Manufac	-0.6
Otra Manufac	-1.4	Otras Manufac	-0.9	Lácteos	-0.1	Aceites Veget	-0.7
Relacionados	-1.7	Químicos y Otr	-1.0	Vegetales y Fr	-0.3	Bebidas y Taba	-0.7
Minerales PM	-2.3	Cuero	-1.1	Azúcar	-0.3	Otros Cultivos	-1.0
Metales MPM	-4.1	Fuentes Energ	-1.5	Carnes	-0.6	Maquinaria y E	-1.2
Fibras Vegeta	-4.3	Trigo	-2.4	Cereales	-0.6	Arroz Procesa	-1.5
Aceites Veget	-4.7	Cereales	-2.6	Aceites Veget	-0.8	Carnes	-2.0
Maquinaria E	-6.2	Arroz Procesa	-3.4	Relacionados	-0.9	Cuero	-2.0
Trigo	-9.1	Aceites Veget	-3.9	Arroz Paddy	-1.8	Trigo	-5.3
Cereales	-11.8	Vehículos yTr	-4.8	Arroz Procesa	-1.9	Cereales	-6.1
Vehículos y Tr	-21.1	Maquinaria y E	-5.0	Vehículos y Tr	-16.8	Vehículos y Tr	-12.7

Fuente: simulaciones de los autores

Tabla A6. Efectos de las Alternativas de Desgravación de los Sectores Agropecuarios Sensibles sobre los Niveles de Producción de los Sectores Agropecuarios*

Colombia					
	Nivel Original	ALCA	ALCA con Sensibles	ALCA con Desgravación Parcial	ALC con Franjas
<i>Arroz Paddy</i>	578.7	-0.6	-0.6	-0.4	-0.7
<i>Arroz Procesado</i>	730.9	-0.1	-0.2	-0.3	-0.1
<i>Trigo</i>	35.1	-9.1	0.0	3.4	-8.8
<i>Cereales</i>	363.0	-11.8	-1.8	2.1	-10.3
Vegetales y Frutas	4,189.6	-0.3	-0.5	-0.6	-0.4
<i>Semillas Oleag.</i>	340.8	-1.0	-0.6	-0.2	-1.1
<i>Aceites Vegetales</i>	1,035.5	-4.7	-2.0	-1.2	-4.8
<i>Azúcar</i>	1,936.9	5.3	-1.3	-2.0	5.2
Fibras Vegetales	147.9	-4.3	-4.9	-5.1	-4.4
Otros Cultivos	3,625.3	-1.2	-1.6	-1.8	-1.5
Ganado	4,198.9	-0.8	-0.2	-0.1	-0.4
<i>Carnes</i>	5,598.1	-1.1	-0.2	0.0	-0.4
<i>Lácteos</i>	3,959.4	-0.8	-0.2	-0.1	-0.5
Pesca	526.8	-0.4	-0.1	-0.1	-0.2
Otros Alimentos	6,176.9	-1.4	-1.6	-1.7	-1.4
Bebidas y Tabaco	3,821.8	-1.1	-1.1	-1.1	-1.1
Relacionados	1,553.2	-1.7	-1.7	-1.7	-1.7
Cuero	1,068.4	3.2	3.1	3.0	3.0

* El valor que aparece en la columna Nivel Original, se refiere al nivel de producción antes de la liberalización. Los valores en las restantes columnas representan los cambios porcentuales que se producen bajo cada escenario sobre el nivel de producción original.

Los sectores en itálicas corresponden a los definidos como sectores sensibles.

Fuente: simulaciones de los autores

Tabla A6. Efectos de las Alternativas de Desgravación de los Sectores Agropecuarios Sensibles sobre los Niveles de Producción de los Sectores Agropecuarios*
- Continuación -

Perú					
	Nivel Original	ALCA	ALCA con Sensibles	ALCA con Desgravación Parcial	ALC con Franjas
<i>Arroz Paddy</i>	289.4	0.3	0.3	0.4	0.3
<i>Arroz Procesado</i>	387.1	-3.4	-1.9	-1.5	-3.4
<i>Trigo</i>	362.6	-2.4	-0.8	-0.1	-2.3
<i>Cereales</i>	413.6	-2.6	-2.1	-1.9	-2.4
<i>Vegetales y Frutas</i>	1,595.9	-0.4	-0.4	-0.4	-0.4
<i>Semillas Oleag.</i>	141.9	-0.1	-0.6	-0.6	0.0
<i>Aceites Vegetales</i>	769.9	-3.9	-3.1	-2.9	-3.9
<i>Azúcar</i>	1,288.5	4.1	-1.7	-2.3	4.2
<i>Fibras Vegetales</i>	143.7	-0.6	-0.7	-0.7	-0.6
<i>Otros Cultivos</i>	2,793.9	-0.3	-0.4	-0.4	-0.4
<i>Ganado</i>	1,507.3	0.7	0.3	0.2	0.7
<i>Carnes</i>	1,986.2	-0.7	-0.5	-0.4	-0.5
<i>Lácteos</i>	968.3	-0.2	0.0	0.0	-0.1
<i>Pesca</i>	1,256.7	0.1	0.1	0.1	0.1
<i>Otros Alimentos</i>	5,103.1	1.1	1.1	1.0	1.0
<i>Bebidas y Tabaco</i>	2,868.6	-0.4	-0.4	-0.4	-0.4
<i>Relacionados</i>	3,139.7	-0.4	-0.4	-0.4	-0.4
<i>Cuero</i>	815.3	-1.1	-1.0	-1.0	-1.1

* El valor que aparece en la columna Nivel Original, se refiere al nivel de producción antes de la liberalización. Los valores en las restantes columnas representan los cambios porcentuales que se producen bajo cada escenario sobre el nivel de producción original.

Los sectores en *italicas* corresponden a los definidos como sectores sensibles.

Fuente: simulaciones de los autores

Tabla A6. Efectos de las Alternativas de Desgravación de los Sectores Agropecuarios Sensibles sobre los Niveles de Producción de los Sectores Agropecuarios*

- Continuación -

Venezuela					
	Nivel Original	ALCA	ALCA con Sensibles	ALCA con Desgravación Parcial	ALC con Franjas
<i>Arroz Paddy</i>	73	-1.8	-0.1	0.5	-1.8
<i>Arroz Procesado</i>	10.7	-1.9	-0.9	0.0	-1.9
<i>Trigo</i>	190.1	0.1	0.1	0.0	0.1
<i>Cereales</i>	840.6	-0.6	-0.5	-0.5	-0.6
<i>Vegetales y Frutas</i>	2014.9	-0.3	-0.3	-0.3	-0.3
<i>Semillas Oleag.</i>	182.6	0.7	0.7	0.7	0.7
<i>Aceites Vegetales</i>	1352.3	-0.8	-0.3	-0.2	-0.8
<i>Azúcar</i>	541.4	-0.3	-0.3	-0.3	-0.3
<i>Fibras Vegetales</i>	6.5	0.0	0.0	0.0	0.0
<i>Otros Cultivos</i>	540.2	0.0	0.0	0.0	0.0
<i>Ganado</i>	2831.3	0.0	0.0	0.0	0.0
<i>Carnes</i>	1614.9	-0.6	0.3	0.6	0.0
<i>Lácteos</i>	2653.6	-0.1	0.0	0.0	-0.1
<i>Pesca</i>	563.4	0.1	0.1	0.1	0.1
<i>Otros Alimentos</i>	5857.2	0.1	0.2	0.2	0.2
<i>Bebidas y Tabaco</i>	3184.8	0.3	0.3	0.3	0.3
<i>Relacionados</i>	1310.3	-0.9	-0.9	-0.9	-0.9
<i>Cuero</i>	1381.7	0.8	0.8	0.8	0.8

* El valor que aparece en la columna Nivel Original, se refiere al nivel de producción antes de la liberalización. Los valores en las restantes columnas representan los cambios porcentuales que se producen bajo cada escenario sobre el nivel de producción original.

Los sectores en *itálicas* corresponden a los definidos como sectores sensibles.

Fuente: simulaciones de los autores

Tabla A6. Efectos de las Alternativas de Desgravación de los Sectores Agropecuarios Sensibles sobre los Niveles de Producción de los Sectores Agropecuarios*
- Continuación -

Ecuador - Bolivia					
	Nivel Original	ALCA	ALCA con Sensibles	ALCA con Desgravación Parcial	ALC con Franjas
<i>Arroz Paddy</i>	139.7	0.0	0.4	0.6	0.1
<i>Arroz Procesado</i>	216.9	-1.5	-1.2	-1.2	-1.5
<i>Trigo</i>	174.4	-5.3	-0.5	1.4	-5.2
<i>Cereales</i>	215	-6.1	-0.8	1.5	-5.3
Vegetales y Frutas	1853.5	2.0	1.6	1.4	1.9
<i>Semillas Oleag.</i>	113.2	5.2	5.6	5.7	5.1
<i>Aceites Vegetales</i>	569.1	-0.7	4.1	5.9	-0.7
<i>Azúcar</i>	580	3.0	-0.4	-0.8	3.1
Fibras Vegetales	115.1	4.5	4.1	3.9	4.4
Otros Cultivos	1427.6	-1.0	-1.3	-1.4	-1.0
Ganado	694.1	0.4	0.2	0.1	0.4
<i>Carnes</i>	814.3	-2.0	-1.3	-1.1	-1.4
<i>Lácteos</i>	418.5	-0.5	-0.1	0.0	-0.3
Pesca	592.2	0.6	0.6	0.6	0.6
Otros Alimentos	3012.3	1.2	0.2	-0.2	1.1
Bebidas y Tabaco	1167.4	-0.7	-0.8	-0.8	-0.7
Relacionados	1468.5	2.4	2.3	2.3	2.3
Cuero	354.5	-2.0	-2.1	-2.1	-2.1

* El valor que aparece en la columna Nivel Original, se refiere al nivel de producción antes de la liberalización. Los valores en las restantes columnas representan los cambios porcentuales que se producen bajo cada escenario sobre el nivel de producción original.

Los sectores en *itálicas* corresponden a los definidos como sectores sensibles.

Fuente: simulaciones de los autores

Tabla A7. Remuneración Real a los Factores Productivos Bajo los Diferentes Escenarios de Desgravación Arancelaria de los Sectores Agropecuarios Sensibles*

ALCA				
	Colombia	Perú	Venezuela	Ecuador - Bolivia
Tierra	-3.5	0.2	-0.5	2.6
Trabajo no Calificado	1.2	1.6	0.4	1.1
Trabajo Calificado	1.3	1.6	0.5	1.0
Capital	1.3	1.4	0.7	0.9
Recursos Naturales	1.5	-1.5	3.3	5.3
ALCA con Sensibles				
	Colombia	Perú	Venezuela	Ecuador - Bolivia
Tierra	-2.7	-0.5	-0.2	3.2
Trabajo no Calificado	1.0	1.5	0.4	1.0
Trabajo Calificado	1.0	1.5	0.5	0.9
Capital	1.0	1.4	0.7	0.8
Recursos Naturales	1.7	-1.3	3.3	5.1
ALC con Desgravación Parcial				
	Colombia	Perú	Venezuela	Ecuador - Bolivia
Tierra	-2.7	-0.5	-0.2	3.2
Trabajo no Calificado	1.0	1.5	0.4	1.0
Trabajo Calificado	1.0	1.5	0.5	0.9
Capital	1.0	1.4	0.7	0.8
Recursos Naturales	1.7	-1.3	3.3	5.1
ALCA con Franjas				
	Colombia	Perú	Venezuela	Ecuador - Bolivia
Tierra	-3.2	0.3	-0.4	2.7
Trabajo no Calificado	1.2	1.6	0.4	1.1
Trabajo Calificado	1.2	1.6	0.5	1.0
Capital	1.2	1.4	0.7	0.9
Recursos Naturales	1.4	-1.5	3.3	5.2

* Los valores corresponden al cociente entre el índice de remuneración de los factores y el índice de precios al consumidor en cada país.
Fuente: simulaciones de los autores

ANEXO

ESCENARIOS ALC SIN ATPDEA Y ALC CON DESEMPLEO EN EL MERCADO DEL TRABAJO NO CALIFICADO

COMENTARIO INTRODUCTORIO

En este anexo se ilustran algunos de los efectos macroeconómicos de dos escenarios adicionales que resultan de interés. Los dos son variantes del escenario ALC sin ALCA y tratan de capturar situaciones que agregan riqueza a la información ya suministrada.

El primero simula el caso en que no se concrete el ALC con Estados Unidos y tampoco sea posible conservar las preferencias del ATPDEA (escenario Statu Quo sin ATPDEA). De alguna forma, el escenario proporciona una idea del costo económico de esta eventual situación, ya que la diferencia entre los resultados obtenidos en este escenario con aquellos derivados del escenario ALC sería un indicador muy directo de la pérdida de dichas preferencias.

El segundo muestra los resultados de una simulación en la cual se permite que haya desempleo de la mano de obra no calificada en las economías de las regiones en desarrollo. Para algunos esta es una característica deseable del modelo y por eso la hemos incluido con fines informativos. En cualquier caso, las comparaciones entre el escenario ALC con Desempleo y ALC deben hacerse con precaución, ya que, en esencia, se trata de dos modelos diferentes y no simplemente de escenarios alternativos dentro de un mismo modelo (como sucede a todo lo largo del informe); situación en la que las comparaciones son directas y tienen todo el sentido.

ESCENARIO STATU QUO SIN ATPDEA

Para precisar el alcance del escenario, es conveniente mencionar que en él se suponen dos cosas. Primera, como en el Statu Quo empleado con anterioridad, se asume que todos los acuerdos que han sido firmados en el Hemisferio a 2004 se concluyen y se profundizan. Es decir, todos llevan a la completa liberalización del comercio de mercancías. Segunda, por alguna circunstancia exógena, el ALC con Estados Unidos no se firma y, paralelamente, los países de la CAN beneficiarios del sistema de preferencias del ATPDEA no obtienen su renovación.

Los resultados de bienestar que se generan de los procesos de liberalización (y retroceso de la liberalización) del comercio se ilustran en la Tabla 1. Sobre éstos se debe destacar lo siguiente: (a) como se espera, los países beneficiarios del ATPDEA presentan pérdidas de bienestar; (b) estas pérdidas son más grandes que bajo cualquier otro escenario considerado (en el caso de Ecuador-Bolivia llegan casi a un punto del PIB); (c) las pérdidas están dominadas por los efectos del retiro de las preferencias sobre los términos de intercambio; (d) las pérdidas de bienestar presentadas por Venezuela son, esencialmente, las que deriva del Statu Quo, independientemente de que haya o no renovación del ATPDEA.

Tabla 1. Efectos de Bienestar para los Países Andinos en el Escenario Statu Quo sin ATPDEA (millones de dólares de 1997)

	Asignación de Recursos	Términos de Intercambio	Total de Bienestar (EV) ²⁰	EV como Porcentaje del PIB
Colombia	-33	-315	-374	-0,39
Perú	50	-132	-89	-0,14
Venezuela	-156	87	-36	-0,04
Ecuador-Bolivia	-60	-195	-268	-0,97

Fuente: simulaciones de los autores

En cierto sentido, la diferencia entre estos resultados de bienestar y los obtenidos en el Statu Quo proporcionan una valoración económica de las preferencias del ATPDEA. Estas serían del orden de 416, 137 y 168 millones de dólares (de 1997) para Colombia, Perú y Ecuador-Bolivia. Si la no-renovación del ATPDEA fuera una consecuencia necesaria de un eventual fracaso para finalizar la negociación del ALC, se tendría que las pérdidas de bienestar netas para estos países serían del orden de 298, 106 y 126 millones de dólares (de 1997)²¹. Bajo este mismo criterio, el resultado para Venezuela sería un cambio positivo en su bienestar del orden de 34 millones de dólares.

Todos los países de la Comunidad Andina, incluida Venezuela, presentan pérdidas en el valor del PIB. Las mayores se registran en el caso de Ecuador-Bolivia (-0.7% del PIB) y las menores en Colombia (-0.02% del PIB). Con respecto al año base, la balanza comercial de Colombia, Perú y Venezuela se deteriora y en el caso de Ecuador-Bolivia presenta una leve mejoría. La pérdida de las preferencias lleva también a una moderada desconcentración del comercio con respecto a Estados Unidos y a favor de los países con los cuales los miembros de la CAN han firmado acuerdos comerciales. Es importante notar que esta relativa desconcentración del comercio se da tanto por el lado, obvio, de las exportaciones como por el de las importaciones.

En lo que respecta a la remuneración real a los factores, el único resultado común para los países andinos es el deterioro en los retornos a la tierra. Este es pronunciado para Colombia, Perú y Ecuador-Bolivia (-9.25, -5.11 y -3.56, respectivamente) y moderado para Venezuela (-0.26). Por lo demás, las remuneraciones a los dos tipos de trabajo y al capital, en los casos de Colombia y Perú, presentan aumentos respecto al año base; sin embargo, éstas son en todos los casos menores a las que se obtienen bajo el Statu Quo. En Venezuela las remuneraciones reales a estos factores prácticamente no registran cambio con respecto al Statu Quo. Finalmente, en el caso de Ecuador-Bolivia las remuneraciones a estos factores bajan, lo que señala un contraste importante con las ganancias moderadas que presentan en el Statu Quo. Los valores obtenidos en este caso son -0.47 para el trabajo no calificado, -0.38 para el trabajo calificado y -0.07 para el capital.

²⁰ La suma de los efectos de bienestar por concepto de asignación de recursos y de variaciones en los términos de intercambio no corresponde al total de la EV. Esto es porque en el cuadro se omite el efecto que tiene sobre el bienestar la posición del país respecto al balance ahorro-inversión y su respectiva remuneración (otra forma de ver esta cuenta es simplemente entenderla como el efecto sobre el bienestar de los retornos a los bienes de inversión, que pueden ser domésticos o provenientes del extranjero).

²¹ Es decir, la diferencia entre los escenarios Statu Quo sin ATPDEA y ALC sin ALCA.

ALC CON DESEMPLEO EN EL MERCADO DEL TRABAJO NO CALIFICADO

Antes de entrar a describir los resultados obtenidos bajo esta alternativa de modelación, es importante recordar la advertencia hecha en la nota introductoria a esta sección. En esencia, esta forma de aproximarse a la modelación de los procesos de liberalización comercial acá considerados no es comparable, en sus resultados, a los obtenidos bajo los escenarios que se han discutido a lo largo del texto. En este caso se trata de un modelo diferente y por ello la comparación que se hace abajo debe ser tomada con la debida precaución.

Esta puede ser para algunos una alternativa de modelación de interés, dado que los mercados de trabajo en los países en desarrollo son relativamente imperfectos y hay niveles de desempleo considerables. No obstante, la asunción del supuesto de desempleo tiene diversas implicaciones y requisitos. En primer lugar, supone que los mercados, o al menos el del trabajo no calificado, no se encuentran en equilibrio. Este es un supuesto contrario a la teoría que sustenta los modelos de equilibrio general, sin embargo es adoptable en ciertas circunstancias. En segundo lugar, la forma de modelar esta situación a través de una manipulación del cierre del modelo (closure) supone que los desempleados efectivamente tienen un costo de oportunidad cero y que constituyen una proporción importante de la población económicamente activa²². Este es un supuesto muy fuerte, ya que es de ocurrencia normal que una alta proporción de la población que se toma como desempleada efectivamente tiene ocupación en el sector informal.

Hechas estas observaciones, los resultados de bienestar para los países andinos son marcadamente diferentes que bajo el escenario ALC sin ALCA que se estudió a lo largo del texto. Colombia, Perú y Venezuela presentan ganancias netas de bienestar en el orden de 694, 306 y 125 millones de dólares de 1997. Por su parte, Ecuador-Bolivia registra una pérdida de 48 millones²³. Para Colombia, Perú y Ecuador-Bolivia, estos resultados están dominados por el componente originado en los movimientos en los términos de intercambio, que en todos los casos es positivo. El componente de asignación de recursos es positivo en Colombia y Perú, en tanto que es negativo en Ecuador-Bolivia. En el caso de Venezuela, el efecto sobre la asignación de recursos es negativo y domina al de los términos de intercambio que genera resultados positivos. En estas dos últimas situaciones (Ecuador-Bolivia y Venezuela) es el componente originado en el balance ahorro-inversión el que determina el resultado neto de bienestar. Para Ecuador-Bolivia éste es negativo y para Venezuela positivo. Es interesante notar que las pérdidas de bienestar para Ecuador-Bolivia son menores que bajo el Statu Quo.

Pese al aumento en el nivel de bienestar para la mayor parte de países andinos, el valor del PIB en todos los casos disminuye. La disminución más grande se registra en Ecuador-Bolivia, con -0.019 por ciento, y la menor en el caso de Colombia, con -0.002 . Estos resultados tienen una dirección y un orden de magnitud similar al encontrado en el Statu Quo. Otro tanto ocurre con la cuenta de capital y con la cuenta corriente. En ambos casos la dirección y orden de magnitud de los cambios son esencialmente los mismos que bajo el Statu Quo.

Por último, con respecto a la remuneración real a los factores se tiene que, comparado con los resultados derivados del Statu Quo, el sentido de los cambios es similar en todos los casos, pero la magnitud varía. La remuneración a la tierra en Colombia y Venezuela disminuye, mientras en Perú y Ecuador-Bolivia aumenta. Las disminuciones son menores que en el Statu Quo y los aumentos son mayores. Las remuneraciones al trabajo calificado

²² En particular, el procedimiento seguido acá implica hacer exógena la remuneración real al factor y hacer endógena su oferta. Se consideró la existencia de desempleo en todas las regiones asimilables a países en desarrollo (en total 14 regiones).

²³ En términos del PIB los resultados de bienestar equivalen al 0.72, 0.47, 0.15 y -0.17 por ciento, respectivamente.

y al capital aumentan en todos los casos y la magnitud del aumento es ligeramente superior a la que se encuentra en el Statu Quo. Finalmente, es necesario recordar que, por definición, en este modelo la remuneración real al trabajo no calificado permanece constante.

ANÁLISIS DE SENSIBILIDAD PARA EL ESCENARIO ALC SIN ALCA

Una de las críticas más frecuentes a los modelos de equilibrio general computable descansa en la sensibilidad de los resultados obtenidos con respecto a los valores de algunos parámetros claves en su estructura. Esto es particularmente cierto de los valores de algunas de las elasticidades empleadas en los modelos, por cuanto suelen ser «adoptadas» de otros estudios o incluidas a criterio del investigador con base en su juicio informado. Para tener una apreciación acerca del grado de sensibilidad de los resultados obtenidos en el escenario más detalladamente usado en el estudio, el escenario ALC sin ALCA, en esta sección se presentan los resultados de un ejercicio limitado de análisis de sensibilidad.

Con el fin de tener un control adecuado sobre el origen de los cambios posibles en los resultados obtenidos, en este ejercicio se decidió limitar el análisis de sensibilidad al valor empleado de la elasticidad de sustitución entre bienes domésticos e importados que gobierna el comportamiento de los diferentes agentes en el modelo. Esta elasticidad es del tipo Armington CES, de acuerdo con la estructura del modelo GTAP, y determina el grado en que los cambios en los precios relativos entre bienes de origen nacional e importado inciden en los cambios en los niveles demandados de estos dos tipos de bienes. Como se entenderá, este es uno de los parámetros centrales en un modelo de comercio y su incidencia en la determinación de los resultados obtenidos es alta. De allí la relevancia de hacer el análisis de sensibilidad con respecto a este parámetro.

El modelo GTAP permite el uso de un procedimiento conocido como Análisis Sistemático de Sensibilidad. Éste hace posible variar los valores de parámetros o de choques dentro de un cierto rango, asumiendo una particular forma de distribución para éstos, y a partir de allí estimar la media y la desviación estándar de la familia de resultados obtenibles en las variables endógenas del modelo a partir de las variaciones en los parámetros o en los choques. Para la generación de estas estimaciones se emplean procesos que permiten reducir sustancialmente el número de veces que el modelo debe ser corrido de nuevo, conocidas como «cuadraturas».

Las características básicas del análisis de sensibilidad adelantado son las siguientes. Primera, como ya se mencionó, se consideran variaciones en un parámetro. En este caso la elasticidad de sustitución de Armington entre bienes domésticos e importados (una de las dos elasticidades de comercio). Segunda, las variaciones están definidas con arreglo a un valor que divide (para establecer el límite inferior) y multiplica (para establecer el límite superior) el valor original del parámetro. En este caso dicho valor es 2, de forma que el límite inferior del parámetro es $P/2$ y el límite superior es $P*2$, donde P es el valor original del parámetro (en la Tabla 2, se presentan los valores correspondientes al parámetro). Tercera, el parámetro es genérico para cada uno de los bienes, pero las variaciones empleadas en el análisis de sensibilidad pueden ser independientes o conjuntas para distintos bienes. Acá hemos preferido usar la opción de variación conjunta, es decir, las elasticidades de todos los bienes cambian de la misma forma simultáneamente, por cuanto nos interesa especialmente la incertidumbre con respecto a la magnitud de dichas elasticidades. Cuarta, se asumió que la distribución de los cambios considerados en el parámetro es uniforme, o sea, cada valor considerado tiene la misma probabilidad de ocurrencia. Quinta, se emplea la cuadratura de Liu.

Tabla 2. Análisis de Sensibilidad. Valores Original, Mínimo y Máximo de la Elasticidad de Sustitución de Armington entre Bienes Domésticos e Importados

Sector	V. Original	V. Mínimo	V. Máximo
Arroz Paddy	2,2	1,1	4,4
Arroz Procesado	2,2	1,1	4,4
Trigo	2,2	1,1	4,4
Cereales	2,2	1,1	4,4
Vegetales y Frutas	2,2	1,1	4,4
Semillas Oleag.	2,2	1,1	4,4
Aceites Vegetales	2,2	1,1	4,4
Azucar	2,2	1,1	4,4
Fibras Vegetales	2,2	1,1	4,4
Otros Cultivos	2,2	1,1	4,4
Ganado	2,8	1,4	5,6
Carnes	2,2	1,1	4,4
Lácteos	2,2	1,1	4,4
Pesca	2,8	1,4	5,6
Otros Alimentos	2,2	1,1	4,4
Bebidas y Tabaco	3,1	1,6	6,2
Relacionados	2,8	1,4	5,6
Cuero	4,4	2,2	8,8
Textiles	2,2	1,1	4,4
Confecciones	4,4	2,2	8,8
Minerales y PM	2,8	1,4	5,6
Fuentes Energía	2,8	1,4	5,6
Derivados Pet	1,9	1,0	3,8
Químicos y Otr	1,9	1,0	3,8
Metales MPPM	2,8	1,4	5,6
Maquinaria y E	3,0	1,5	6,1
Vehículos y Transp.	5,2	2,6	10,4
Otras Manufac	2,1	1,1	4,3

Como se mencionó, el análisis de sensibilidad permite obtener las estadísticas descriptivas básicas de la distribución (desconocida) de las variables endógenas. Para tener una apreciación de la forma como los resultados obtenidos en el modelo cambian, hemos decidido reportar los intervalos de confianza obtenidos para la Variación Equivalente (EV), que, como se recordará, es la expresión monetaria del nivel de utilidad de los agentes económicos.

En la Tabla 3 se presentan los resultados anunciados. Allí se puede apreciar que el nivel promedio de bienestar obtenido como resultado del análisis de sensibilidad (columna «Valor Medio») es, con la excepción de Venezuela, razonablemente próximo al obtenido en el

modelo. Para facilitar la interpretación de este hecho valga anotar que el valor estimado en el modelo (columna «Valor Modelo») es el correspondiente a la variable analizada (EV) cuando los valores de las variables exógenas se encuentran en su verdadero valor promedio (la situación observada en el año base). En tanto, el «Valor Medio» de la variable endógena corresponde al promedio estimado como resultado de las corridas del modelo al variar el parámetro frente al cual se hace el análisis de sensibilidad. Como se sabe, estos dos valores no necesariamente coinciden.

Tabla 3. Intervalos de Confianza para la Variación Equivalente*

Región	Valor Modelo	Valor Medio
Colombia	-75	-52
Perú	17	27
Venezuela	-70	-6
Ecuador-Bolivia	-142	-141
Nivel de Confianza: 95%		
Región	Límite Superior	Límite Inferior
Colombia	148	-252
Perú	110	-57
Venezuela	154	-166
Ecuador-Bolivia	-80	-201
Nivel de Confianza: 89%		
Región	Límite Superior	Límite Inferior
Colombia	82	-185
Perú	82	-29
Venezuela	100	-113
Ecuador-Bolivia	-100	-181
Nivel de Confianza: 75%		
Región	Límite Superior	Límite Inferior
Colombia	37	-141
Perú	64	-10
Venezuela	65	-77
Ecuador-Bolivia	-114	-167

* Los valores están en millones de dólares de 1997

Los intervalos de confianza están calculados con base en la desigualdad de Chebychev

Fuente: cálculos de los autores

Los límites de los intervalos de confianza son amplios. En esto inciden varios factores. Primero, el rango de variación de la elasticidad de Armington es amplio. Segundo, los intervalos son originados en un cálculo «pesimista», ya que se usa la desigualdad de Chebychev para ello. No obstante, esto indica que efectivamente se encuentra una variación relativamente amplia en los resultados del modelo, dependiendo de los valores asignados a la elasticidad de comercio. La información acá presentada permite entonces tener una idea de este grado de variación y hacer una lectura más informada de sus resultados.



Liberalización del Sector de Servicios

Miles K. Light

Resumen

En anteriores estudios se ha encontrado que el acceso al ALCA causaría reducciones en el bienestar de los países de la Comunidad Andina porque ya existen preferencias comerciales, tales como ATPDEA, que producen ganancias las cuales se desvanecerían al no tener más acceso preferencial al mercado de Estados Unidos. En este artículo se muestra que, sin embargo, hay potenciales ganancias, entre 4% y 14%, posterior a la firma del acuerdo, pero estas ganancias no provienen de ventajas competitivas ricardianas. Estas ganancias aparecen por factores de productividad y efectos de variedad de productos que acompañan la liberalización del sector de servicios y la inversión extranjera directa (IED). Estas ganancias en productividad probablemente son mucho mayores que la pérdida en competitividad de los países andinos, experimentada en el mercado de bienes de Estados Unidos.

Para determinar los beneficios potenciales de la liberalización del sector de servicios, se usa un modelo de equilibrio general computable que incluye competencia imperfecta y variedad de productos heterogéneos. En contraste con un modelo de competencia perfecta, este modelo puede capturar efectos pro-competitivos tales como efectos de variedad de productos endógenamente por usar una estructura competitiva siguiendo a Dixit-Stiglitz. Aunque la calidad de los datos no es tan buena como en otros estudios, este reporte muestra los cambios en la estructura del comercio internacional: las ganancias previas del comercio provienen de ventajas competitivas, mientras que ganancias futuras del comercio se espera que provengan de mejora en los servicios, tecnología y productividad. El análisis presentado aquí muestra como este tipo de ganancias puede ser capturado por la Comunidad Andina.

Introducción

Comparación con estudios previos

Dimensiones del Impacto bajo el ALCA Acuerdos Bilaterales

Servicios e Inversión Extranjera Directa

Marco Teórico

Cuantificación de las Barreras a los Servicios e IED

El Modelo de Equilibrio General Computable

Estructura Conceptual

Resumen de la Formulación del Modelo

Formulación Algebraica

Base de Datos

Datos de aranceles y volúmenes de comercio

Resultados de Política

Entrada y Salida de Firmas

Liberalización Comercial: Rendimientos Crecientes a Escala vs Rendimientos

Constantes a Escala

Impactos en el mercado de factores

Circunstancias limitantes

Conclusiones y futuros análisis

Direcciones de la Futura Investigación

Apéndice: Cuadros de Datos

Cuadro 1. Impacto sobre el Bienestar del Acceso

Cuadro 2. Barreras comunes a la IED

Cuadro 3. Ejemplo de Restricciones Comerciales y Efecto sobre precios índices:

Cuadro 4. Clasificación de sectores RCE en el Modelo de la Comunidad Andina

Cuadro 5. Sectores en el Modelo de la Comunidad Andina: Descripciones

Cuadro 6. Factores de Producción

Cuadro 7. Participación de los Servicios en el Proceso Productivo: Nivel de Producción y Sector de Servicios usados en la Comunidad Andina

Cuadro 8. Ecuador: Producto y Participación del Sector de Servicios Intermedio

Cuadro 9. Participación de la IED en el Mercado Andino y Barreras a la Entrada

Cuadro 10. Participación Promedio en el Mercado con RCE

Cuadro 11. Estadísticas Comerciales en el año base

Cuadro 12. Estadísticas comerciales para el año base: Ecuador

Cuadro 13. Descripción de los Escenarios usando Rendimientos Crecientes y Constantes a Escala e Inversión

Cuadro 14. Resumen de Resultados: Liberalización del Sector de Servicios

Cuadro 15. Cambio porcentual en el número de variedades

Cuadro 16. Resultados Seleccionados de un Modelo Multiregional con Rendimientos Constantes a Escala. Impactos en el Bienestar de Acceso al ALCA para la Comunidad Andina

Cuadro 17. Rendimientos de los Factores de la Liberalización

Cuadro 18. Participación del valor en el producto: Perú

Cuadro 19. Participación del valor en el producto: Venezuela

Cuadro 20. Participación del valor en el producto: Colombia

Cuadro 21. Participación del valor en el producto: Resto del Pacto Andino

Cuadro 22. Participaciones del Valor Agregado en el Producto (Ecuador)

INTRODUCCIÓN

La mayoría de la Comunidad Andina goza de casi un total acceso a los mercados de Estados Unidos (y algunos países europeos) bajo el Acta de Preferencias Arancelarias a los Países Andinos (ATPA)¹. Ya que los aranceles para muchos bienes de la Comunidad Andina son muy cercanos a cero, mayores ganancias por parte del comercio parecen ser improbables, bajo un acuerdo como el del Acuerdo para la Liberalización del Comercio para las Américas (ALCA). En particular, existen dos grandes temores de los países Andinos al enfrentarse a un acuerdo como el ALCA. Primero la mayoría de los países del ATPA (Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú) enfrentarán incrementos en la competencia de sus exportaciones por parte del resto de países latinoamericanos, al entrar éstos al mercado estadounidense. Adicionalmente, también presentarán mayor competencia dentro de los países de la Comunidad Andina. Segundo, la eliminación de aranceles en los países andinos creará mayor déficit fiscal. Los ingresos por aranceles representan entre nueve y seis por ciento de los ingresos fiscales en estos países. Una reducción de los aranceles debe ser acompañado de un incremento en el impuesto de valor agregado o mayores ingresos tributarios, para reemplazar la caída de los ingresos fiscales. Estos hechos no ayudan a los negociadores de este tipo de acuerdos. Sin embargo la historia no termina ahí.

A pesar de estas perspectivas, encontramos que la mayoría de países pueden obtener ganancias sustanciales por acuerdos bilaterales o multilaterales (ALCA). Sin embargo, estas ganancias provendrán de la liberalización del sector de servicios en cambio de la liberalización del sector de bienes. Usando un modelo de economía pequeña y abierta, el cual incorpora rendimientos crecientes a escala, se encuentra que el consumo de la Comunidad Andina se incrementa entre 4.1% y 14.0% por la liberalización del sector de servicios. En el largo plazo, después de que los cambios en inversión y capital tomen efecto, las ganancias aun se mantienen. Si el gobierno debe recuperar las pérdidas de aranceles incrementando el impuesto al valor agregado (IVA), aun las ganancias en bienestar se incrementan, entre 3% y 8%. Esto contrasta con los efectos que se tienen de un modelo de ventajas competitivas solamente. Usando el mismo modelo, pero asumiendo rendimientos constantes a escala para todos los sectores, se encuentra una liberalización total: incrementa el bienestar en 0.1% para Colombia hasta un 0.5% para Venezuela. La dramática diferencia en ganancias del comercio es clara (Cuadro 1): la mayor parte de las ganancias por comercio provienen del sector de servicios y no del sector de bienes.

¹ El nombre fue cambiado a ATPDEA: Acta de Preferencias Arancelarias y erradicación de la Droga en los Países Andinos. Sin embargo, se va a mantener el acrónimo original ATPA. El ATPA ofrece aranceles de cero por ciento para la mayoría de las exportaciones andinas en el mercado de Estados Unidos como intercambio por los esfuerzos para el combate de producción de la droga.

Cuadro 1. Impacto sobre el Bienestar del Acceso al ALCA y Liberalización de Servicios

	Total	Medio	Rcte	Ara	Ied
Perú	9.5	-3.1	0.4	1.7	4.6
Colombia	4.2	2.1	0.1	0.9	3.4
Venezuela	4.1	2.0	0.5	1.1	3.0
Ecuador	11.7	4.5	0.4	1.4	7.7
Bolivia	14.3	5.7	0.3	1.2	10.6

Los valores presentados es el incremento porcentual del cambio en el bienestar (variación equivalente). El cual es medido como un porcentaje del ingreso nacional.

Estas significativas diferencias son indicativas de algunas de las importantes características en las economías andinas. Primero, servicios, tomados en conjunto, son un gran componente de cada una de las economías. Dependiendo de la definición, los servicios están entre 40% y 60% de cada una de las economías andinas (y entre 75% y 85% para la de Estados Unidos). Ya que este sector es tan grande, un pequeño incremento en productividad puede llevar a grandes cambios relativos en el bienestar. Segundo, los principales productos de la manufactura dependen del sector servicios como un insumo intermedio. Servicios de transporte, financieros, de consultoría y comunicaciones se han convertido en partes fundamentales de las empresas modernas. Bajos costos y mejores servicios crean un efecto «cascada» donde todos los negocios se convierten en más productivos y competitivos.

Comparación con estudios previos

Sólo recientemente ha sido posible construir y resolver modelos de equilibrio general usando la variedad de productos de Dixit-Stiglitz como una aproximación endógena de la productividad de los factores. En Jensen et. al (2003), los autores consideran ganancias potenciales de Rusia al acceder a la OMC, y encuentran que las ganancias del sector de servicios son significativamente mayores que las del sector de bienes. Sus principales estimaciones indican una ganancia potencial en el bienestar de 7.4%. Un nuevo estudio econométrico por Scott Bradford, Paul Grieco y Gary Hufbauer (en Bergsten, 2005) encuentra que el impacto total del comercio, cuando se contabilizan efectos de productividad, incrementan el PIB en 8.6%. Finalmente, Monteagudo y Watanuki (2002), usando un modelo de equilibrio general con rendimientos crecientes a escala exógenos, evalúan el efecto del ALCA sobre la Comunidad Andina. Ellos encuentran que las ganancias en promedio son de 5.38% para la Comunidad Andina, tomándola como un todo.

Los resultados del estudio son consistentes con los estudios mencionados. Se encuentra que bajo rendimientos constantes a escala, el modelo no captura las ganancias en productividad que aparecen en sectores caracterizados por rendimientos crecientes a escala. La omisión de estos últimos, de acuerdo a este estudio y los otros, es sustancialmente grande.

Dimensiones del Impacto bajo el ALCA Acuerdos Bilaterales

Usando un modelo de economía pequeña y abierta para cada uno de los países, consideramos diferentes efectos en una liberalización unilateral, los cuales son probablemente importantes. Estos efectos son:

- Un incremento en todos los factores de productividad derivados de un incremento en la variedad de productos. La variedad de productos, es mayor en rendimientos crecientes a escala y la variedad doméstica de productos es disponible como resultado de la IED.
- Un incremento en la productividad proviene de mejores técnicas ofrecidas a través del sector de servicios. Este aumento proviene de la liberalización del sector de servicios, transferencia de tecnología de multinacionales y experiencia extranjera.
- Un impacto en el sector de bienes, el cual usa rendimientos constantes a escala, a la luz de existentes aranceles y preferencias comerciales. La eliminación arancelaria mejorará la asignación de recursos por la eliminación de distorsiones en los precios.
- Un cambio en los ingresos tributarios de aranceles hacia IVA. El impacto de la eficiencia de los impuestos dependerá de la estructura arancelaria y la eficiencia en el reemplazo de los impuestos.

Servicios e Inversión Extranjera Directa Marco Teórico

La noción de competencia imperfecta y rendimientos crecientes a escala ha sido reconocida desde los principios de la literatura en comercio internacional (Ohlin (1933) y Graham (1923)), pero no ha sido sino hasta que se ha construido aspectos teóricos, con base en el papel de corporaciones multinacionales e IED, cuando se ha tenido un importante desarrollo. Trabajos como los de Lancaster (1975), Spence (1976), y Dixit y Stiglitz (1977), fueron usados como una aproximación a la competencia monopolística que podría ser aplicada al comercio inter-industrial y el reconocimiento de que los rendimientos crecientes a escala puede llevar a mayores producciones de escala y competencia imperfecta. Esta nueva literatura es llamada *nueva teoría del comercio internacional*, porque está más allá de la teoría estándar de ventajas comparativas de Ricardo para explicar porqué los países con similares dotaciones comercian entre sí. El ímpetu de la nueva teoría del comercio internacional fue basado en una serie de observaciones empíricas que contradicen la teoría estándar de comercio. El principal resultado es que el 80% de todo el comercio internacional ocurre entre países con similares dotaciones. También, la mayoría del intercambio en manufacturas y bienes finales se da entre países de la OECD, mientras que la mayoría del intercambio de bienes primarios y bienes intermedios es hecho entre países desarrollados y en vía de desarrollo. La literatura empírica muestra que los rendimientos constantes a escala del modelo ricardiano sólo captura una parte de las ganancias en el comercio.

Cuantificación de las Barreras a los Servicios e IED

No hay una forma simple de medir las barreras a la IED y a la provisión de servicios por los extranjeros. A menudo, estas barreras son vagamente definidas en la ley y ellas son impuestas de manera diferente a través de los sectores, o a menudo bien por bien. La naturaleza poco estándar de las barreras no arancelarias (BNA) claramente causa problemas cuando se trata de cuantificar las restricciones de un país.

A pesar de estos retos, los economistas han desarrollado distintas formas para identificar las restricciones al comercio, al menos para cierto orden de magnitudes. Por ejemplo, estimaciones de los impactos cuantitativos de las BNA han sido derivados de modelos econométricos de comercio (Brown y Stern 2001). Las diferencias entre los flujos de comercio observados y los flujos de comercio previstos se asume como un resultado de las barreras no arancelarias. De hecho, este método sufre la desventaja de que los modelos econométricos no pueden capturar todos los determinantes del comercio y por lo tanto algo de la diferencia entre los flujos estimados y reales no son causados por las NTB, entonces son modelos con un bajo poder explicatorio. Otros métodos que han sido considerados son:

- Medidas de frecuencias: Contabiliza el número de restricciones en cada sector.
- Diferencias de precios: Atribuye las diferencias de precios en los servicios a las BNA.
- Índices: Aplican ponderaciones a varias cláusulas de comercio y restricciones a la inversión para calcular un índice de restricción.

Para la mayor parte, por falta de una mejor metodología, se usa el «Índice de Restricciones al Comercio» (IRC) el cual aplica ponderaciones a varias barreras a la inversión en orden de sintetizar las barreras en una sola.

El segundo paso en el proceso es cuantificar el equivalente *ad-valórem* de las IRC en cada sector. Findlay y Warren (2000) usan estimaciones de IRC para 38 países en cada uno de los sectores de servicios e IED, entonces hacen una regresión de los precios contra el IRC, para computar un cambio porcentual en los precios relacionados a la restricción. Obviamente, este método es algo arbitrario. Los índices de ponderación han sido escogidos con base en un juicio personal, sólo ciertos países han sido incluidos en la regresión dada la limitación de los datos y el poder explicatorio de las regresiones es necesariamente bajo porque la estructura de mercado no es capturada por el modelo de regresión. A pesar de estas dificultades, los resultados de las regresiones son razonables. Como defensa a los cálculos espurios, también se computa un análisis de sensibilidad para las estimaciones centrales *ad-valórem* en el modelo. Calculamos un rango de escenarios donde los IRC *ad-valórem* alcanzan valores cercanos a un intervalo de confianza de 95%.

Resultados anteriores de las negociaciones del GATT pueden ser usados para definir las mayores barreras para la IED. En el Cuadro 2 se encuentra un listado de las barreras más comunes y se clasifican dentro de tres categorías: restricciones a la entrada, restricciones al control y propiedad y restricciones operacionales.

Un estudio de 38 países de las restricciones al comercio en el sector de servicios fue hecho por la Comisión Australiana para la Productividad, y los resultados de la investigación fueron presentados en Findlay y Warren (2000), y posteriormente elaborados por McGuire (2002). Aunque los países de interés estaban en la Cuenca del Pacífico, Colombia fue incluido como uno de ellos (pero no otro país de la Comunidad Andina). Algunos de los resultados de esta investigación han sido resumidos en el Cuadro 3. De la Torre ha estimado las barreras no arancelarias para los países andinos. Un resumen de ellas se encuentra en el Cuadro 9.

Cuadro 2. Barreras comunes a la IED

Restricciones a la entrada	Prohibiciones a la inversión extranjera en ciertos sectores. Restricciones cuantitativas (por ejemplo, limitar a 25% la propiedad extranjera en un sector). Aprobación y screening (algunas veces envuelve intereses nacionales o pruebas de beneficios económicos netos). Restricciones a la forma legal de entidad extranjera. Capital mínimo requerido. Condiciones sobre la inversión. Condiciones de localización. Impuestos de admisión o entrada.
Restricciones a la propiedad y control	Joint Ventures obligatorios con inversionistas domésticos. Límites en el número de miembros extranjeros en las directivas. Aprobación del gobierno para ciertas decisiones. Restricciones en los derechos de los accionistas extranjeros. Transferencias obligatorias de alguna propiedad a locales dentro de un número de tiempo (por ejemplo, 15 años).
Restricciones operacionales	Comportamientos requeridos (por ejemplo, requerimientos de exportaciones). Restricciones a los contenidos de los locales. Restricciones a la importación de trabajo, capital y materias primas. Permisos operacionales o licencias. Restricción a la repatriación de capitales o beneficios.

Fuente: UNCTAD (2002)

Usando los coeficientes estimados en el Cuadro 9, encontramos que los costos de servicios bancarios en Colombia son 18% más altos dadas las barreras a la IED y los costos en telecomunicaciones son 24% más altos.

Los índices de restricción listados en el lado izquierdo del Cuadro 3 representan un índice entre cero y uno. La diferencia entre el índice doméstico y el índice extranjero refleja la discriminación aplicada a las firmas extranjeras. En el lado derecho del Cuadro 3, son estimados los efectos precios. Aunque hay alguna ambigüedad en sí todos los precios se incrementan por este número o si éste es efectivamente el equivalente *ad-valorem* del índice de restricción para Colombia. Se adopta el último significado y se toman estos resultados para ser equivalentes a las barreras no arancelarias. Esta metodología es aplicada para cada uno de los países andinos en este análisis.

Cuadro 3. Ejemplo de Restricciones Comerciales y Efecto sobre precios índices: Colombia como se listó en Findlay and Warren (2000).

	Total	Medio	Rcte	Ara
Sector	Doméstica	Extranjera	Domésticos	Extranjeros
Bancario	0.285	0.3997	3.54%	18.35%
Distribución	0.1238	0.1904		
Marítimo	0.1805	0.469		
Telecomunicaciones	0.2	0.46	10.55%	24.26%

Definiciones:

Distribución: Comercio al por mayor y al por menor (excepto motocicletas y vehículos de motores) incluyendo comisiones y personal de reparación y bienes de los hogares (622, 63, 51-2)

Bancarias: Servicios de intermediación financiera, excepto seguros y fondos de pensiones (811).

Marítimo: Transportes acuáticos.

Telecomunicaciones: Telecomunicaciones, incluyendo líneas de faxes, comunicación móvil e Internet.

Fuente: McGuire / UNCTAD (2002).

El Modelo de Equilibrio General Computable. Estructura Conceptual

El modelo de comercio empleado en este análisis es diferente de otros realizados en la Comunidad Andina. Primero, no se usa una estructura multiregional y un conjunto de datos, como el realizado por Light (2003). En cambio se modela cada país andino basado en una economía pequeña con base en el año 1997. Otra importante característica es la inclusión de rendimientos crecientes a escala (RCE) basada en estructura de variedad de producto de Dixit-Stiglitz (en el se presentan los sectores con estas características). La parte computacional del modelo es desarrollada y resulta dentro del software GAMS, usando MPSGE (Rutherford, 1999).

Cuadro 4. Clasificación de sectores RCE en el Modelo de la Comunidad Andina

Sectores Dixit-Stiglitz	MANEQP	Manufacturas. Equipo electrónico y de maquinaria
Servicios de negocios	OBSROSFIN	Servicios de negocios. Servicios de eventos y turismo. Servicios financieros y de seguros
Servicios de transporte	ATPWTPOTPCOM	Transporte aéreo. Transporte marítimo. Otro tipo de transporte. Comunicaciones

Tipos de productores: Hay 22 sectores en el modelo, como se lista. Este modelo puede ser aplicado para más sectores, 57 sectores de la base GTAP. Sin embargo, encontramos que la naturaleza de las ganancias y los efectos comerciales son más o menos los mismos, sin importar la agregación (22 o 57 sectores). Por simplicidad computacional y lógica se usó la agregación de 22 sectores en el análisis.

Los sectores son listados en tres categorías. La primera, son los bienes o servicios que son producidos bajo rendimientos constantes a escala y competencia perfecta. En estos sectores, las firmas domésticas enfrentan competencia de las extranjeras donde los bienes son diferenciados en las funciones de demanda de la Comunidad Andina para consumidores y firmas. Esto es conocido como el supuesto Armington.

Una segunda categoría de sectores es aquella en que los bienes son producidos bajo competencia imperfecta y rendimientos crecientes a escala. Estos bienes son caracterizados por ser compuestos por variedad de productos e importaciones con diferenciación en el nivel de la firma. La eficiencia de las ganancias asociada con un incremento en el número de variedades ocurre para consumidores y empresas, usando estos bienes como bienes intermedios. La oferta de las firmas extranjeras está dada en el mercado andino con empresas de producción extranjeras, pero el número de empresas extranjeras en este mercado depende de las cuasi-rentas disponibles, lo cual depende de la tasa en el arancel.

La tercera categoría de sectores contiene servicios, los cuales son producidos bajo rendimientos crecientes a escala y competencia imperfecta. Para estos servicios, dos tipos de empresas operan: domésticas y multinacionales. Los proveedores de servicios de empresas multinacionales deben establecer una presencia doméstica en orden de competir en el mercado andino. Ellos deben importar algo de sus tecnologías o experiencia en administración. Ellos no puede ser oferentes de servicios en el mercado andino desde el exterior, pero sí de bienes. Entonces, su estructura de costos difiere de los proveedores de bienes. Ellos incurren en costos relacionados a la importación de insumos, y bienes domésticos y factores de producción, solamente. Estos servicios son caracterizados por la diferenciación a nivel de la firma de los productos. Restricciones a la inversión extranjera

directa, derechos de establecimiento, el movimiento de personal de negocios, y la falta de protección intelectual y la contratación, tienen impactos significativos en la provisión de servicios por parte de empresas multinacionales.

Cuadro 5. Sectores en el Modelo de la Comunidad Andina: Descripciones

Acrónimo	Descripción
Rendimientos Constantes a Escala	
agr	Agricultura
mea	Carnes, productos cárnicos y diarios
fod	Alimentos procesados
col	Cobre
oil	Petróleo
gas	Gas
lmf	Bienes de manufactura liviana y textiles
min	Minería
con	Construcción
trd	Márgenes comerciales
ros	Servicios de recreación
utl	Servicios públicos (electricidad, agua y gas)
adm	Administración pública (educación y salud)
Bienes con Rendimientos Crecientes a Escala	
man	Manufacturas
eqp	Equipo Electrónico y otras manufacturas
Servicios con Rendimientos Crecientes a Escala	
atp	Transporte aéreo y servicios
wtp	Transporte marítimo y servicios
otp	Otro tipo de transporte
obs	Otros servicios comerciales
fin	Servicios financieros
com	Comunicaciones

RESUMEN DE LA FORMULACIÓN DEL MODELO

El algebra del modelo es similar a la de Jensen, Tarr y Rutherford (2003), utilizada para el acceso de Rusia a la OMC. Los factores primarios incluyen capital, trabajo calificado y no calificado, y trabajadores para sectores específicos. Una participación de 0% a 25% del trabajo es específica al sector.

Cuadro 6. Factores de Producción

Acrónimo	Descripción
lab	Trabajo no calificado
skl	Trabajo calificado
cap	Capital
lnd	Restas a la tierra y beneficios
res	Recursos naturales

Los bienes producidos con rendimientos crecientes a escala son diferenciados a nivel de firma; las firmas en estas industrias colocan su precio tal que el costo marginal iguale al ingreso marginal; y existe libre entrada de firmas, con lo cual los beneficios son iguales a cero. Este es el supuesto estándar de Chamberlain para competencia de grandes grupos monopolísticos, lo cual resulta en markups constantes sobre el costo marginal.

La productividad agregada es afectada por el número de variedades usando la formulación de variedades de Dixit-Stiglitz. La función efectiva de costo para los usuarios de bienes producidos con rendimientos crecientes a escala baja con el número de firmas en la industria.

Por simplicidad, se asume que la composición del costo fijo y marginal es idéntica en todos los sectores con rendimientos crecientes a escala. Esto implica que la razón del costo fijo al marginal es constante. Este supuesto asegura que, para un modelo de grandes grupos, el producto por firma para todas las firmas es constante, es decir, el modelo no produce racionalización de ganancias o pérdidas.

Se asume que los bienes manufacturados o son producidos domésticamente o son importados, y la estructura de costos de las firmas domesticas es definida por los factores primarios e insumos intermedios del sector en el año base. El precio de las importaciones CIF de bienes extranjeros es definido como el precio de las importaciones y por la condición de cero beneficios. En equilibrio, el precio de las importaciones debe cubrir el costo fijo y marginal de las firmas extranjeras.

Se asume que en los sectores de servicios con rendimientos crecientes a escala, existen dos tipos de firmas proveedoras de servicios: i) Firmas locales, quienes emplean factores primarios e insumos intermedios, ii) Firmas multinacionales: quienes proveen servicios utilizando insumos importados (IED y experiencia extranjera) junto con factores primarios e insumos intermedios.

Adicionalmente, la estructura de costos (fijo y marginal) de las empresas de servicios es idéntica, tal que el producto por firma es fijado y no hay racionalización de ganancias. Estos supuestos también son asumidos por las estructuras de costos, con rendimientos crecientes a escala, de bienes producidos.

Para los proveedores de servicios de empresas multinacionales, ambos, el costo fijo y variable de ofrecer los servicios, se asume que el precio de la oferta doméstica y el costo de los insumos importados es una combinación convexa.

FORMULACIÓN ALGEBRAICA

El modelo incluye las características estándar de un modelo de equilibrio general. La demanda final es dada por un agente representativo, el cual deriva su ingreso de la venta de factores primarios (capital, trabajo calificado y no calificado). El gobierno recolecta impuestos directos e indirectos e intercambia unos bienes y servicios. En esta sección se va a presentar las principales características del modelo en términos de los objetivos y restricciones que enfrentan diferentes agentes.

Conducta del Consumidor: El consumo privado en el modelo proviene de la maximización de una función de utilidad sujeta a una restricción presupuestaria. Las preferencias son representadas por una formulación Cobb-Douglas agregada de bienes y servicios:

$$U(C) = \sum_i \theta_i \log(c_i)$$

en la cual $\theta_i \geq 0$ y $\sum_i \theta_i = 1$. Las funciones de demanda derivadas son definidas en términos de precios de los bienes, p_i , las tasas de impuestos al consumo, t_i^C , y el ingreso agregado, M .

$$c_i = \frac{\theta_i M}{p_i (1 + t_i^C)}$$

El ingreso es definido en términos de los ingresos de los factores como:

$$M = \sum_l w_l L_l + \sum_i w_i^s L_i^s + \kappa \left(r_K + p^I \bar{I} \right) - T_{LS}$$

El lado derecho de la restricción presupuestaria incluye los ingresos por salarios de trabajo móvil o específico al sector, y las ganancias por capital. La demanda de inversión es fija cuando $\kappa = 1$. En un equilibrio de estado estacionario, tanto el stock de capital como el nivel de inversión se ajustan para un nivel de $\kappa > 1$ el cual iguala el costo de formación del capital y la tasa de valor presente de descuento a una nueva unidad de capital. El término final del lado derecho es el nivel de impuesto de suma fija, el cual se ajusta para balancear el presupuesto del gobierno y mantener el producto del gobierno constante (con más detalle se describirá esta parte posteriormente).

Oferta Doméstica: Los bienes y servicios son producidos para la venta en el mercado nacional y extranjero. Una función de Elasticidad de Transformación Constante (CET) muestra las posibilidades de transformación en un período dado entre las ventas domésticas (D_i) y las exportaciones (E_i) para un nivel de bien compuesto (Y_i). Las participaciones de las

ventas en el país de origen y el extranjero son determinadas por los precios relativos dada la maximización de beneficios de las firmas que producen el bien final sujeto a la restricción de la CET:

$$Y_i = \left[\theta_D \left(\frac{D_i}{\bar{D}_i} \right)^{\frac{1+\eta}{\eta}} + (1 - \theta_D) \left(\frac{E_i}{\bar{E}_i} \right)^{\frac{1+\eta}{\eta}} \right]^{\frac{\eta}{1+\eta}} \quad (1)$$

En esta ecuación los parámetros \bar{D}_i y \bar{E}_i son el producto y las exportaciones en el año base, respectivamente. θ_D es el valor de la participación base de las ventas domésticas dentro de las ventas totales (en el año base los niveles de producción son escalados a uno), y η es la elasticidad de transformación.

La producción es asociada con una animación de funciones de producción de consumo intermedio, a_{ji} , servicios de trabajo (L_{ji} y L_{ji}^s) y capital (K_i). Dados los precios del consumo intermedio y el trabajo, la producción agregada sectorial opera de tal manera que minimiza los costos de producción, dado un producto, sujeto a la restricción:

$$Y_i = \min \left[\frac{a_{ji}}{\bar{a}_{ji}}, V_i(L_{ji}, L_{ji}^s, K_i) \right]$$

en la cual los a_{ji} representan el consumo intermedio del insumo del bien j para el sector i . En esta función, el trabajo calificado y no calificado (móvil y específico al sector), y capital son agregados en una función Cobb-Douglas con participaciones determinadas en el año base.

Diferenciación de Bienes: Los bienes producidos sujetos a rendimientos crecientes a escala son caracterizados por ser producidos por firmas extranjeras y nacionales. La oferta efectiva de todas las firmas, en un sector dado, es descrita por

$$\begin{aligned} X_i &= \left(\sum_{i=1}^{n_i} x_i^\rho \right)^{\frac{1}{\rho}} \\ &= \left(\sum_{i=1}^{n_i^D} (X_i^D)^\rho + \sum_{i=1}^{n_i^F} (X_i^F)^\rho \right)^{\frac{1}{\rho}} \\ &= \left((X_i^D)^\rho + (X_i^F)^\rho \right)^{\frac{1}{\rho}} \end{aligned} \quad (2)$$

n_i^D y n_i^F es el número de firmas domésticas y extranjeras, respectivamente, de las firmas/

variedades, y X_i^D y X_i^F representan el bien compuesto de las firmas extranjeras y domésticas

$$X_i^K = \left(\sum_{i=1}^{n_i^k} (x_i^k)^\rho \right)^{1/\rho} = \left(n_i^K (x_i^k)^\rho \right)^{1/\rho} = \left(n_i^K \right)^{1-\rho} \tilde{X}_i^K \quad K \in \{D, F\} \quad (3)$$

al final de la expresión x_i^k es el producto de una firma representativa k , y $X_i^k = n_i^k x_i^k$ son los recursos de insumos al costo marginal para todos los tipos de firmas k . El producto de las firmas domésticas es caracterizado por (3), por lo tanto es igual a la oferta doméstica menos los costos fijos de las empresas domésticas, esto es:

$$\tilde{X}_i^D = n_i^D X_i^D = D_i - n_i^D f_i^D \quad (4)$$

y el producto de las firmas extranjeras es definido por los recursos de importación menos los costos fijos de estas firmas

$$\tilde{X}_i^F = n_i^F X_i^F = F_i - n_i^F f_i^F$$

Manteniendo el producto constante, la oferta efectiva de cada una de las variedades de las mercancías domésticas y extranjeras i se incrementa en $(n_i^K)^{1-\rho}$, lo cual es el «efecto multiplicador de la variedad». El multiplicador se incrementa con n_i^k , y un incremento en la elasticidad de sustitución hace que esta tienda hacia uno.

La oferta del bien i iguala la demanda agregada, la suma de la demanda intermedia, la demanda del consumidor, la demanda de inversión y la demanda del gobierno

$$X_i = \sum_j a_{ij} + c_i + I a_i^I G g_i \quad (5)$$

El número de variedades domésticas y extranjeras determina el *índice de la oferta efectiva*, X_i , y entonces se asume que la productividad Dixit-Stiglitz tiene un impacto simétrico tanto sobre la demanda final como la demanda intermedia. Cambios en el número de variedades domésticas y extranjeras son un reflejo de cambios en el índice de precios de la mercancía asociada con X_i .

Diferenciación de Servicios: Los servicios son ofrecidos bajo condiciones de rendimientos crecientes a escala, los cuales son caracterizados como productos diferenciados entre empresas nacionales y extranjeras. La oferta efectiva de todas las firmas en un sector dado es descrita por

$$\begin{aligned}
X_i &= \left(\sum_{i=1}^{n_i} x_i^\rho \right)^{1/\rho} \\
&= \left(\sum_{i=1}^{n_i^D} (x_i^D)^\rho + \sum_{i=1}^{n_i^M} (x_i^M)^\rho \right)^{1/\rho} \\
&= \left((X_i^D)^\rho + (X_i^M)^\rho \right)^{1/\rho}
\end{aligned} \tag{6}$$

y es el número de firmas domésticas y extranjeras, respectivamente, de las firmas/variedades, y son el producto por firma de las firmas extranjeras y domésticas. En la ecuación final y representan el bien compuesto de las firmas extranjeras y domésticas, esto es:

$$X_i^K = \left(\sum_{i=1}^{n_i^k} (x_i^k)^\rho \right)^{1/\rho} = \left(n_i^K (x_i^k)^\rho \right)^{1/\rho} = \left(n_i^K \right)^{1-\rho} \tilde{X}_i^K \quad K \in \{M, F\} \tag{7}$$

al final de la expresión es el producto de una firma representativa k , y son los recursos de insumos al costo marginal para todos los tipos de firmas k .

La distinción crucial entre bienes diferenciados y servicios diferenciados es, que en el caso de los bienes, la oferta domestica es caracterizada por (1), igual al valor de los bienes domésticos, mientras que para los servicios esta cantidad es dividida entre recursos usados en la producción doméstica de servicios y los recursos empleados por las firmas multinacionales. En el caso de los servicios, se puede definir como

$$D_i = D_i^D + D_i^M \tag{8}$$

donde D_i representa los recursos domésticos usados en la oferta de servicios por parte de las firmas domésticas

$$D_i^D = n_i^D (X_i^D + f_i^D)$$

Mientras que representa los recursos domésticos usados en la oferta de servicios por firmas multinacionales.

Se asume que las firmas multinacionales usan insumos domésticos en proporciones fijas a los insumos importados. Por tanto

$$M_i = \theta_i^M n_i^M (X_i^M + f_i^M) \quad \text{y} \quad D_i = (1 - \theta_i^M) n_i^M (X_i^M + f_i^M)$$

en el cual representa el valor de la participación de las importaciones de insumos base para la oferta de servicios de las multinacionales.

Como en el caso de los productos diferenciados, manteniendo el producto total de las firmas multinacionales y domésticas constante, la oferta efectiva de cada una de las variedades de ellas para la mercancía i se incrementa en lo cual es el «efecto multiplicador

de la variedad». El multiplicador se incrementa con γ y un incremento en la elasticidad de sustitución hace que ésta tienda hacia uno.

Igualmente, La oferta de servicios i iguala la demanda agregada, la suma de la demanda intermedia, la demanda del consumidor, la demanda de inversión y la demanda del gobierno

$$X_i = \sum_j a_{ij} + c_i + I\alpha_i^I Gg_i \quad (9)$$

El número de variedades domésticas y extranjeras determina el *índice de la oferta efectiva*, X_i , y entonces se asume que la productividad Dixit-Stiglitz tiene un impacto simétrico tanto sobre la demanda final como la demanda intermedia. Cambios en el número de variedades domésticas y extranjeras son un reflejo de cambios en el índice de precios de la mercancía asociada con X_i .

Ingresos tributarios y Presupuesto Público: En el modelo, el gobierno recoge ingresos a través de una variedad de impuestos. Estos impuestos están asociados a las tasas *ad-valórem* de los impuestos a la producción, aranceles, impuestos a las exportaciones por socio comercial, e impuestos al consumo. La restricción presupuestaria del gobierno es entonces:

en el cual T_k representa el ingreso de un instrumento tributario k , y $T_L S$ representa un impuesto directo (lump-sum). El modelo se caracteriza por un nivel constante de provisión de servicios públicos, el cual es alcanzado a través del ajuste del nivel del impuesto directo.

BASE DE DATOS

Se usa la base de datos GTAP (Global Trade Análisis Project) para 1997 (Hertel et. al. 1997). Este conjunto de datos está bien documentado y ha sido usado en muchos estudios de reformas comerciales y del sector de servicios entre el 2000 y 2004. Sin embargo, es importante notar que este conjunto de datos es un poco viejo. Una nueva base de datos llamada GTAP6 está siendo lanzada mientras este reporte se está escribiendo. La nueva base de datos utilizará el año 2001 como base, y ésta incluirá una más detallada y mejor construida base de datos en los sectores de servicios y barreras arancelarias. Infortunadamente esta base de datos no está disponible por el momento.

Existen otras dificultades que no desaparecerán en la nueva base de datos. Por ejemplo, Ecuador y Bolivia no están representados en ninguna de las bases GTAP. En cambio estos son agregados en una región llamada XAP. Esta región compuesta ha sido construida con partes de proporciones de ambos países y escalada para que el producto total de estos dos países sea el mismo. Estos datos, por lo tanto, no son confiables.

En orden de incluir a Ecuador de una mejor manera en este estudio. El conjunto de datos de GTAP es extendido para que las cuentas nacionales de Ecuador de 2002 sean explícitas. Aunque la equivalencia entre las cuentas de Ecuador y GTAP no son perfectas, la estructura

de la economía del Ecuador es capturada y puede ser utilizada para hacer comparaciones.

La situación de Bolivia es más difícil. No existe una matriz de contabilidad social disponible para este país, y no existe una buena estructura para hacer alguna aproximación. Entonces, se presenta la estructura de Bolivia usando la región XAP de GTAP, pero las barreras no arancelarias son específicas a Bolivia. Un mayor trabajo podría ser hecho para considerar la situación de Bolivia. Es de particular interés como Bolivia contempla acceso a un tratado bilateral con Estados Unidos.

Cuadro 7. Participación de los Servicios en el Proceso Productivo: Nivel de Producción y Sector de Servicios usados en la Comunidad Andina

	Venezuela			Perú			Colombia			Bolivia	
	Y(%)	S(%)		Y(%)	S(%)		Y(%)	S(%)		Y(%)	S(%)
Man	17.0	8.7	cgd	12.8	6.3	adm	17.6	40.1	man	10.9	4.1
trd	12.5	60.1	man	11.7	8.9	trd	10.7	47.0	adm	9.5	24.7
oil	10.9	50.4	lmf	9.2	7.1	man	9.3	10.7	cgd	9.5	5.9
cgd	8.9	2.9	adm	9.1	33.4	cgd	8.7	1.8	agr	9.4	10.4
otp	6.2	41.3	con	8.2	34.8	mea	7.9	4.0	fod	8.8	7.5
adm	6.0	33.6	fod	7.6	8.0	fod	6.6	8.3	lmf	8.6	5.9
fod	5.7	4.3	agr	6.0	13.0	agr	5.6	8.7	con	5.9	29.2
lmf	5.3	9.8	trd	5.9	52.1	con	5.6	16.5	trd	5.6	49.6
mea	5.0	1.4	obs	4.8	43.2	lmf	5.5	9.4	oil	5.4	42.4
con	3.9	16.6	eqp	4.7	7.5	fin	4.9	86.7	mea	4.5	6.6
utl	3.2	10.4	mea	4.2	7.2	otp	4.8	28.8	obs	3.9	32.9
obs	3.1	47.1	otp	3.7	51.3	oil	2.5	77.9	eqp	3.9	3.7
fin	2.7	74.9	fin	3.5	76.1	obs	2.4	43.8	otp	3.8	39.0
agr	2.7	5.8	ros	3.0	29.5	eqp	2.2	7.6	fin	3.4	63.3
ros	2.4	29.6	com	1.5	30.7	utl	2.0	25.7	ros	2.7	22.1
com	1.1	43.6	min	1.5	27.5	com	1.3	64.4	utl	1.5	4.7
eqp	1.1	9.0	utl	1.3	6.6	atp	0.9	54.0	com	1.2	16.7
gas	0.6	6.1	oil	0.6	51.7	col	0.6	57.8	atp	0.4	47.5
atp	0.5	78.7	atp	0.5	67.0	wtp	0.4	74.4	min	0.4	10.0
min	0.5	19.5	wtp	0.2	79.0	min	0.3	45.6	gas	0.3	35.0
wtp	0.5	85.8	col	0.0	0.0	ros	0.3	33.0	wtp	0.2	64.4
col	0.1	58.5	gas	0.0	11.3	gas	0.0	73.6	col	0.0	NA

Y(%) representa la participación del producto sectorial dentro del producto nacional

S(%) representa el porcentaje de servicios como una participación del total de los insumos intermedios a la producción. Solo los servicios de la IED son incluidos en el cálculo. No se incluyen los sectores Dixit-Stiglitz (DS), los cuales no son considerados para ser servicios intermedios. Los sectores DS son: manufacturas y equipo.

El núcleo del modelo insumo-producto para cada país en 1997, con excepción de Ecuador, es producido por GTAP. El cuadro oficial contiene 22 sectores, cinco factores de producción, y cinco tipos de impuestos. Existe dos agentes: uno es el gobierno y el otro los hogares. El intercambio es descrito por las importaciones, exportaciones y el ahorro neto del resto del mundo. Los hogares es un agente representativo que combina los ingresos de los hogares, gastos y ahorros. Adicionalmente el análisis puede incluir una desagregación, la cual puede

distinguir los efectos de la liberalización sobre la pobreza. Futuros análisis pueden incluir la nueva base de datos GTAP, la inclusión explícita de Bolivia, y hogares heterogéneos que permitan el análisis de la liberalización comercial sobre la pobreza de la región. Mientras tanto, el modelo que es usado captura la mayoría de los efectos relacionados con el sector de servicios.

Cuadro 8. Ecuador: Producto y Participación del Sector de Servicios Intermedio

		Y(%)	S(%)
cmc	Comercio al por menor y al por mayor	12.9	25.2
oil	Petróleo crudo y refinado y gas	11.8	8.9
trn	Transporte y almacenamiento	11.2	6.1
con	Construcción	7.9	23.4
adm	Administración pública	4	4.7
ctl	Ganadería	2.8	4.5
dwe	Renta de casas	2.8	-
sch	Educación	2.8	2.9
tex	Textiles y cueros	2.6	7.2
bnk	Intermediación financiera	2.6	9.6
utl	Servicios públicos (agua y electricidad)	2.6	8
com	Comunicaciones y correos	2.4	11
lum	Productos de madera	2.4	9.9
otr	Otras actividades de negocios	2.3	1.1
brd	Productos de harina y trigo	2.3	2.2
v_f	Bananas, café y cocoa	2.2	25.1
htl	Hoteles y restaurantes	2.2	2.6
omt	Productos procesados de carne	1.8	1.4
cnp	Pescado procesado	1.5	1.4
hsp	Servicios sociales y de salud	1.4	9.3
ppp	Pulpa y productos de papel	1.2	10.7
nmm	Otros productos no minerales	1	14.2
Resto de Sectores		15.3	-
total		100	-

La otra parte del proceso de modelación es cuantificar el equivalente *ad-valórem* de barreras no comerciales para cada uno de los sectores de rendimientos crecientes a escala. La descripción de la aproximación para determinar el arancel *ad-valórem* fue realizada en el

primer reporte de este análisis. La aproximación es similar a Findlay y Warren, donde las distintas estimaciones para varios países en cada uno de los sectores de servicios e IED son resumidas, entonces el precio es regresado contra el indicador IRC en orden de computar el cambio porcentual en precios relacionado con las restricciones. Obviamente, este método es algo arbitrario. El equivalente *ad-valórem* calculado por De la Torre tiene una base empírica y ha sido sometida a escrutinio, pero la elección de los valores para las proporciones de mercados extranjeros (θ), son arbitrarios para algunos países. Análisis subsecuentes requerirán una mejor base empírica para θ .

Cuadro 9. Participación de la IED en el Mercado Andino y Barreras a la Entrada

	Venezuela		Perú		Colombia		Ecuador		Bolivia	
	θ	T	θ	T	θ	T	θ	T	θ	T
Servicios profesionales y de negocios	5	27.89	10	19.78	5	26.34	10	51.94	15	40.57
Recreación y Turismo	5	16.72	5	12.85	5	15.39	5	34.22	15	26.77
Servicios Financieros	15	18.70	15	13.59	15	16.27	15	28.04	10	27.57
Transporte marítimo	20	21.10	20	15.99	20	22.80	20	48.71	10	44.10
Transporte aéreo	20	21.10	20	15.99	20	22.80	20	48.71	10	44.10
Otro tipo de transporte	5	21.10	20	15.99	5	22.80	20	48.71	10	44.10
Comunicaciones	20	18.58	25	13.55	20	15.98	20	36.53	25	27.41

θ : Participación de la IED en el mercado doméstico, como un porcentaje (%).

T: Tasa efectiva de impuesto con base en el periodo que la IED fue ofrecida, como un porcentaje (%)

Para Bolivia y Perú, los valores de θ no son disponibles. Estas estimaciones representan la mejor aproximación al momento de ser hecho el estudio.

Fuente: Carlos de la Torre: Caracterización de los servicios industriales en la Comunidad Andina, 2004.

Las barreras a la inversión extranjera directa han sido estimados para distintos sectores en la Comunidad Andina, esto es para telecomunicaciones, banca, servicios de transporte externo marítimo, servicios de distribución de comercio al por mayor y al por menor y turismo.

Como un indicador de la participación del mercado extranjero en un país andino, el Cuadro 10 reporta la participación en el mercado por empresas domésticas y extranjeras en algunos servicios industriales para Colombia. Para las empresas extranjeras, la última columna en el Cuadro 10 lista la participación de la producción que es importada de afuera de Colombia. Esto captura la cantidad de servicios y bienes que las firmas extranjeras ofrecen en el mercado local. Las barreras que limitan el uso de estos bienes importados, tales como: la residencia extranjera, impuestos a maquinaria especializada, o la prohibición de compra de celulares en el extranjero, limitará la entrada de nuevas firmas.

Cuadro 10. Participación Promedio en el Mercado con RCE de las firmas extranjeras en Colombia

Sector	Participación en el mercado (θ)		Participación de las importaciones(θ_M)
	Doméstico	Extranjero	Extranjero
Bancario	95%	5%	10%
Distribución	91%	9%	-
Marítimo	97%	3%	-
Telecomunicaciones	85%	15%	10%

Fuente: Departamento Nacional de Planeación (2003)

DATOS DE ARANCELES Y VOLÚMENES DE COMERCIO

Los aranceles y los impuestos a las exportaciones son imputados de la recolección total de aranceles y las importaciones y exportaciones totales. La recolección de impuestos dividida por el volumen total de comercio son las tasas imputadas. Ya que todos los países andinos tienen un «arancel común» y requerimientos institucionales parecidos para la inversión extranjera, las tasas imputadas listadas en el Cuadro 11 muestran la tasa promedio entre cientos de tasas dentro de cada sector. Las tasas actuales para alguna mercancía en particular pueden variar de 0% a 200%. En particular, en el caso de las importaciones de comidas son sujetas a una banda de sistema precios. En este sistema, los aranceles de las importaciones para toda la Comunidad Andina son ajustados hasta que los precios de las importaciones sean iguales a los precios locales.

**Cuadro 11. Estadísticas Comerciales en el año base
para los Países de la Comunidad Andina**

	Tasa	Revs	m(%)	x(%)		Tasa	Revs	m(%)	x(%)
	Perú					Venezuela			
man	12	271.7	26.8	26.4	oil	-	-	-	48.2
fod	15.4	61.2	4.8	18.7	man	16.7	873.7	33.1	37.7
min	12	8.5	0.8	13	min	5.8	4	0.4	1.8
lmf	14	80.8	6.9	8.8	otp	-	-	3.3	1.8
agr	14.8	74.2	6	7	fod	18.4	88.1	3.1	1.5
atp	9	22.7	2.9	3.3	wtp	-	-	1.2	1.4
oil	11.7	61.8	6.2	3.1	lmf	14.1	200.5	8.8	1.3
eqp	12.1	279.9	27.3	3	eqp	10.1	465.9	27.5	1.1
otp	9	9	1.1	3	adm	-	-	2.4	1
adm	13	20.1	1.8	2.5	col	5.2	0.8	0.1	0.9
com	9	5.5	0.7	2.3	agr	11.6	86.9	4.5	0.8
mea	15	56.3	4.5	2.1	atp	-	-	1.8	0.6
fin	9	17.2	2.2	2.1	trd	-	-	1.8	0.5
wtp	9	3.3	0.4	1.8	obs	-	-	5.3	0.5
trd	9	16.7	2.1	1.2	mea	17.3	101.8	3.7	0.4
ros	9	4.9	0.6	1.1	ros	-	-	1.4	0.3
obs	9	34.6	4.4	0.7	fin	-	-	1.1	0.1
utl	-	-	0	0	com	-	-	0.4	0.1
col	11.7	2.2	0.2	-	con	-	-	0.1	0
utl	-	-	-	-	utl	-	-	0	0
total	-	1030.6	-	-	total	-	1821.6	-	-

No se intenta capturar todos los detalles específicos del sistema arancelario en este análisis. En cambio, describimos una simple estructura de aranceles entre los sectores listados posteriormente. Un mayor detalle en los aranceles puede ser obtenido de sitios oficiales del gobierno por Internet².

Como la mayoría de países de Latino América, los aranceles son altos para los sectores agrícolas y de comida (11%), mientras que los aranceles de los otros sectores son relativamente bajos. Las reformas comerciales extensivas de comienzos de los noventa bajó exitosamente los aranceles de entre 25% y 30% en la mayoría de los países a niveles de entre 7% y 15% actualmente. También se puede observar que la mayoría de los países andinos tiene un déficit de cuenta corriente entre 2% y 5% del PIB. Este déficit comercial es mantenido constante para todos los escenarios.

Cuadro 12. Estadísticas comerciales para el año base: Ecuador

	Tasa	Revs	m(%)	x(%)		Tasa	Revs	m(%)	x(%)
	Colombia					Resto del Pacto Andino			
agr	12	98.7	5.4	21.5	agr	9.3	26.5	4	27.7
oil	-	-	-	17.4	oil	-	-	-	21.7
man	12.6	647.1	33.8	13.6	fod	18.1	72.2	6	18.5
lmf	14.8	186.1	8.4	7.5	man	10.4	280.4	37.8	8.3
col	-	-	-	6.5	lmf	10.7	94.8	12.5	5.1
fod	18.5	91.8	3.4	5.7	mea	17.1	31.8	2.8	3.6
obs	-	-	5.2	4.7	eqp	8.8	168.3	26.6	2.4
atp	1	4	2.4	4.5	gas	-	-	-	2.1
otp	-	-	1.9	4.3	min	6.5	0.7	0.1	1.7
fin	-	-	2.9	3.9	fin	9	14.1	2.2	1.7
eqp	8.7	371.2	27	3.5	otp	9	6.2	1	1.6
wtp	-	-	0.9	3	atp	9	18	2.8	1.6
trd	-	-	2.3	1.6	adm	13	12.2	1.4	1.4
adm	-	-	1.9	1.5	ros	9	4.4	0.7	0.7
mea	17.6	76.9	3	0.6	trd	9	4.9	0.8	0.6
ros	-	-	0.8	0.2	obs	9	4.4	0.7	0.5
com	-	-	0.2	0.1	wtp	9	3.3	0.5	0.5
utl	-	-	0.1	0	com	9	1	0.2	0.2
min	5.4	2.4	0.3	0	utl	-	-	0	0
con	-	-	0.1	-	con	9	0.3	0.1	-
total	-	1478.2	-	-	total	-	743.5	-	-

² Véase la Base de Datos Hemisférica para el ALCA. Los datos están actualizados para cada miembro de la Comunidad Andina hasta el 2002.

		Tasa	Revs	m(%)	x(%)
v_f	Bananas, café y cocoa	-	-	-	81.6
cns	Camarón procesado	20	0	0	70.5
flr	Cultivos de flores	1.2	0.1	10.1	68.4
cnp	Pescado procesado	5	0.4	4.5	65
oil	Petróleo crudo y refinado y gas	0.6	2	11.8	47.1
cft	Confecciones	6	1.3	20.4	38.4
otn	Equipo de transporte	12.9	109.3	76.4	26.2
ofd	Otros productos de comida	3.8	3.6	17.9	24.3
mch	Maquinaria y Equipo	7	110.7	87.5	17.2
osr	Otros servicios sociales	-	-	30.3	12.8
rbp	Productos plásticos	8.8	17.3	37.2	12.3
com	Comunicaciones y correos	-	-	2.4	11.2
fmp	Metales Ferrosos	5	22.8	54.7	10.9
lum	Productos de madera	7.6	0.5	1.4	10.8
sgr	Azúcar procesada	1.5	0	1.1	10.4
chm	Productos químicos	3.8	38	62.7	10
gro	Otros cultivos	4.5	3.5	9.7	9.9
nmm	Otros productos no minerales	7.6	7.7	17	6.4
vol	Aceite animal y vegetal	9.7	7.8	19	6.3
trn	Transporte y almacenamiento	-	-	4.1	6.1
tex	Textiles y cueros	9.9	24.5	17	6.1
fsh	Pesca	12.2	0.1	0.2	5
omf	Otras manufacturas	13.7	13.8	15	4.3
brd	Productos de harina y trigo	3.4	0.8	2.9	4
ppp	Pulpa y productos de papel	2.3	5.3	28.5	3.2
grn	Cultivos de cereales	13.2	13.6	22.8	3.1
tbc	Tabaco	12.8	0.1	1.5	2.4
frs	Silvicultura	7.4	0.7	2.6	2.1
bev	Bebidas	10.6	3.1	5.5	1.7
ins	Planes de seguros: pensiones	-	-	21.3	0.9
otr	Otras actividades de negocios	-	-	22.4	0.7
omt	Productos procesados de carne	16.3	1.3	0.9	0.6
ctl	Ganadería	2.3	0.3	1.3	0.6
min	Minería y minerales	3.9	0.7	12.9	0.4
mil	Productos diarios	5.9	0.3	1.6	0.3
bnk	Intermediación financiera	-	-	1.3	-
total		-	389.9	-	-

bienes manufacturados (MAN) y maquinaria son relativamente altos, entre 12% y 14%, y que el comercio en estos sectores es el mayor en cada una de las economías. Se modela el sector MAN como Dixit-Stiglitz, donde se incrementa el número de firmas o la competencia internacional o la variedad mejora la productividad en este sector.

RESULTADOS DE POLÍTICA

El papel de la liberalización de servicios y rendimientos crecientes a escala es importante porque los servicios son usados como un insumo intermedio de la producción. Las ganancias

potenciales de la liberalización de servicios son significativas, especialmente cuando se compara con las ganancias tradicionales de rendimientos constantes a escala, por dos razones: 1) Los costos de producción son más bajos porque la competencia y los efectos de eficiencia. Entonces el ahorro de costos se traslada directamente a unos precios de insumos más baratos, como en el caso de los rendimientos constantes a escala. 2) Las distorsiones existentes entre bienes y servicios son removidas lo cual incrementa la eficiencia de todo el sistema económico. El Cuadro 16 muestra las ganancias de la liberalización en el sector de bienes y servicios. El consumo se incrementa entre 4.1% y 14% relativo al escenario base.

En orden de identificar de donde provienen las ganancias comerciales, se realizaron diferentes escenarios. Estos escenarios están descritos en el Cuadro 13. Se identifica el papel de la IED y los rendimientos crecientes a escala, y después se compara estos efectos con un modelo de rendimientos crecientes a escala.

Las ganancias son mayores para Bolivia y Ecuador por que las barreras en el escenario base para la entrada de firmas es muy grande. En Bolivia, altas barreras a la entrada puede reflejar un pequeño tamaño de mercado, en cambio de firmes controles a la entrada. Si el mercado es demasiado pequeño, entonces las firmas puede (óptimamente) decidir que los costos fijos requeridos para comenzar una empresa son tan altos que los dividendos esperados son casi nulos. Si este es el caso de Bolivia, entonces la liberalización de los mercados puede ser menos beneficiosa que los resultados indican. De otra parte, estas ganancias potenciales por la liberalización podrían darse si la instituciones bolivianas fueran estandarizadas, de tal forma que las firmas que deciden localizarse en Perú o Chile sirven a un mercado adicional (Bolivia), con lo cual sólo incurren en una pequeña parte de los costos fijos para establecerse. La posibilidad de un mercado «unificado» de la Comunidad Andina podría ayudar a países más pequeños como Bolivia y Ecuador, ya que las firmas podrían ofrecer mayor número de productos sin incurrir en todos los costos de establecimiento.

Cuadro 13. Descripción de los Escenarios usando Rendimientos Crecientes y Constantes a Escala e Inversión.

Note también que las ganancias en bienestar del escenario total son más que el doble que las del escenario medio. Las ganancias en productividad tienen un efecto cascada, donde los bajos costos e insumos intermedios más productivos incrementan la productividad y

	Escenarios
Total	Eliminación total de aranceles para bienes y servicios e IED con rendimientos crecientes a escala
Medio	Una reducción de 50% en barreras comerciales y en 50% de barreras no arancelarias para el sector de servicios.
Rendimientos Constantes a Escala (rcte)	Eliminación total de aranceles para el sector de bienes, pero todos los sectores tienen rendimientos constantes a escala
Arancel (ara)	Eliminación de los aranceles en la presencia de RCE. Este escenario complementa el de IED. El escenario arancel más IED, se resumen en el escenario total
Inversión Extranjera Directa (IED)	El papel de las inversiones. Las barreras a la IED son removidas pero los aranceles son mantenidos

Note también que las ganancias en bienestar del escenario total son más que el doble que las del escenario medio. Las ganancias en productividad tienen un efecto cascada, donde los bajos costos e insumos intermedios más productivos incrementan la productividad y abaratan los costos en las firmas con rendimientos constantes a escala, acentuando los beneficios.

ENTRADA Y SALIDA DE FIRMAS

Como se muestra en el Cuadro 16, la mayoría de las ganancias de la liberalización vienen de incrementos en la productividad, la cual a su vez depende de la variedad de productos. Se muestra cómo y dónde estas variedades están cambiando en el Cuadro 14.

Primero, es obvio que la mayoría de variedades provienen del extranjero. El cambio porcentual es cinco veces más grande que para las firmas domesticas. A primera vista, esto puede ser alarmante, que las empresas multinacionales puedan comenzar a controlar grandes segmentos de la economía local. Pero se deben tener en cuenta que estos son cambios porcentuales, y el nivel inicial de la participación extranjera es pequeño, entre 5% y 25% del mercado. Tal que un incremento de 500% en la variedad de las firmas extranjeras implica que, después de la liberalización, existirá un número igual de tipos de variedades domésticos y extranjeros.

Cuadro 14. Resumen de Resultados: Liberalización del Sector de Servicios

	Total	Medio	Rcte	Ara	led
Perú					
ev(%)	9.5	3.1	0.4	1.7	4.6
srv %	33.5	33.5	33.5	33.5	33.5
r-pfx	6.3	4.3	6.4	7.2	1.6
Colombia					
ev(%)	4.2	2.1	0.1	0.9	3.4
srv %	26.4	26.4	26.4	26.4	26.4
r-pfx	3.5	2.1	4.4	4.6	-0.4
Venezuela					
ev(%)	4.1	2	0.5	1.1	3
srv %	34.7	34.7	34.7	34.7	34.7
r-pfx	6.7	3.1	4.4	5.3	1.2
Ecuador					
ev(%)	11.7	4.5	0.4	1.4	7.7
srv %	32.8	32.8	32.8	32.8	32.8
r-pfx	N/A				
Bolivia					
ev(%)	14.3	5.7	0.3	1.2	10.6
srv %	30.5	30.5	30.5	30.5	30.5
r-pfx	10.7	5.2	5.8	6.6	4.6

ev(%): Cambio porcentual en el bienestar, medido como un porcentaje de ingreso nacional.

srv(%): Participación total de los sectores orientados a los servicios en la economía.

r-pfx: Tasa de cambio real. Medido como el precio de intercambio en moneda extranjera

Las entradas negativas en el Cuadro 15 son pérdidas de participación en el mercado de firmas domésticas. Se espera que las empresas domésticas disminuyan, ya que las multinacionales tienen en general unos altos niveles de productividad, y están acostumbradas a un alto nivel de competencia a nivel global, mientras que las firmas domésticas han estado protegidas de la competencia internacional y son relativamente poco competitivas. En estos casos, igualmente aunque el producto y la productividad se incrementan, pueden existir importantes externalidades relacionadas con el desplazamiento de trabajadores, movimientos culturales en la región, o una disminución importante de las industrias tradicionales locales. Se dejan estas consideraciones a los tomadores de decisiones políticas, ya que estas consideraciones están relacionadas con costos potenciales de no-mercado envueltos con la liberalización.

Cuadro 15. Cambio porcentual en el número de variedades para cada sector con RCE

		Total	Rcte	Ara	Ied	Medio
Variedades Domésticas						
otp	Otro transporte	35	3	8	-2	2
wtp	Transporte acuático	134	10	24	24	23
atp	Transporte aéreo	129	10	33	36	34
obs	Otros servicios de negocios	-9	1	2	-17	-6
ros	Servicios de recreación	0	1	3	-7	-2
fin	Servicios Financieros	1	0	2	-7	-2
man	Manufacturas	0	0	0	2	0
eqp	Equipo electrónico y otras man.	-16	-3	-8	-1	-4
com	Comunicaciones	-4	0	2	-10	-3
Variedades Extranjeras						
otp	Otro transporte	299	5	13	149	71
wtp	Transporte acuático	516	11	27	215	104
atp	Transporte aéreo	548	11	40	267	132
obs	Otros servicios de negocios	217	2	5	167	76
ros	Servicios de recreación	126	2	5	95	46
fin	Servicios Financieros	143	1	5	105	49
man	Manufacturas	54	9	14	7	10
eqp	Equipo electrónico y otras man.	55	12	23	10	15
com	Comunicaciones	125	1	4	98	46

Un valor de 100 indica un incremento de 100% (doble) en variedades de las firmas. Un valor de -20 indica una caída de 20% en las variedades.

LIBERALIZACIÓN COMERCIAL: RENDIMIENTOS CRECIENTES A ESCALA VS RENDIMIENTOS CONSTANTES A ESCALA

El impacto del ALCA bajo rendimientos constantes a escala ha sido realizado para Colombia por Rutherford y Light (2002). El impacto del ALCA bajo rendimientos constantes a escala para la Comunidad Andina ha sido estudiado por Light (2003).

Se conduce un análisis similar cuando se usa un modelo de economía pequeña, pero los resultados son totalmente diferentes a los de previos estudios con modelos multi-regionales. Los resultados del modelo de economía pequeña en este estudio son diferentes porque

ellos no reflejan cambios en ventajas comparativas. Ya que el modelo de economía pequeña tiene un solo socio comercial (el resto del mundo), entonces no se puede capturar el cambio de competencia de los productores extranjeros afuera. Estas dos diferencias sesgarán los resultados del modelo de economía pequeña, subestimando los costos de la liberalización. Una compensación del sesgo es que los modelos de economía pequeña no reflejan el probable incremento de la demanda de importaciones por extranjeros cuando los aranceles de la Comunidad Andina disminuyan. Entonces es importante considerar el punto de que, bajo el ALCA o acuerdos bilaterales con Estados Unidos, estos puntos implican una reducción *unilateral* de aranceles.

En orden de considerar el papel de la diversificación de comercio y las preferencias comerciales existentes, se han incluido resultados tomados de Light (2003) en este reporte. Estos resultados son colocados en el Cuadro 16. Estos resultados muestran que la diversificación de comercio es un importante componente del acceso al ALCA de la Comunidad Andina porque los beneficios del ATPA se diluyen bajo el ALCA.

Los principales resultados del modelo de economía pequeña son menos optimistas que cuando se usa un modelo multi-regional. Cuando se consideran los resultados de un modelo regional (GTAP in GAMS) en el Cuadro 16, el cual ha sido construido para la Comunidad Andina bajo las negociaciones del ALCA (con excepción de Venezuela), se muestra que el bienestar promedio de la Comunidad Andina disminuye en un 0.6% en cambio de subir. La pérdida en bienestar indica que las ganancias de eliminar los aranceles domésticos y las distorsiones son más pequeñas que las grandes pérdidas en las ventas por exportaciones cuando todos los países compiten como iguales en el mercado de Estados Unidos.

Cuadro 16. Resultados Seleccionados de un Modelo Multiregional con Rendimientos Constantes a Escala. Impactos en el Bienestar de Acceso al ALCA para la Comunidad Andina

	ALCA	ATPA	ALCA_XUS	ALCA_XAN
Perú	-0.30	-0.42	-0.06	-0.19
Colombia	-0.62	0.87	-0.09	-0.39
Venezuela	-0.02	0.05	0.10	-0.06
Ecuador y Bolivia	-0.55	0.97	-0.11	-0.46
Comunidad Andina	-0.36	0.56	-0.02	-0.27

ALCA: Eliminación completa de aranceles y subsidios

ATPA: Eliminación de los aranceles a Estados Unidos por la lucha de los países andinos contra el narcotráfico. Venezuela esta excluida.

ALCA_XUS: Acuerdo del ALCA sin la participación de Estados Unidos.

ALCA_XAN: Acuerdo del ALCA sin la participación de Estados Unidos.

El ALCA, en esencia, elimina cualquier preferencia comercial colocando los aranceles de Estados Unidos en cero para todos los países dentro del acuerdo. A este respecto los países cubiertos por el ATPA³ enfrentan competencia por las exportaciones a Estados Unidos, lo cual disminuye su producción doméstica.

Un resultado importante bajo el supuesto de Dixit-Stiglitz es que el acceso al ALCA no necesariamente es malo para la Comunidad Andina. Las ganancias esperadas en productividad compensan las pérdidas por diversificación de comercio. En contraste a los resultados encontrados para la Comunidad Andina con el modelo GTAP in GAMS, este estudio encuentra sustanciales ganancias en bienestar. Estas ganancias en bienestar son

³ Bajo el ATPA, los países andinos (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú) disfrutaban de un arancel cero o bajo para los bienes que entran a Estados Unidos. Consecuentemente, los Estados Unidos es el mayor socio comercial de cada uno de estos países. Los beneficios del ATPA son dados a estos países como reconocimiento al esfuerzo del combate contra las drogas.

sustanciales, aunque existen pérdidas en competitividad por incremento de la competencia extranjera.

Papel de la IED: Del Cuadro 14, es bastante claro que las mejoras en bienestar provienen en mayor parte del incremento de la inversión extranjera directa, y en menor grado de la eliminación de aranceles. La eliminación de aranceles incrementa el número de firmas para los sectores Dixit-Stiglitz, los cuales sólo venden bienes. La mayoría de las ganancias provienen del incremento en la variedad de productos en los sectores de servicios. Si se compara el escenario IED, donde las barreras a la inversión son removidas, con el escenario arancel, donde las barreras (esto es, aranceles) son removidos para los bienes solamente, los resultados difieren sustancialmente. El bienestar en el escenario IED se incrementa entre 4% y 14% en cada país, pero sólo entre 0.9% y 1.7% en el escenario arancel. Las grandes diferencias provienen de: 1) Los ingresos por aranceles deben ser reemplazados en el escenario de arancel, pero no en el escenario de IED⁴; 2) El sector de servicios representa una gran proporción de los insumos intermedios de las empresas, y los bienes (especialmente los finales) son consumidos para demanda final, tal que las ganancias por productividad a nivel de firma no son capturadas en el intercambio puro de bienes, a pesar de la presencia de empresas con estructura Dixit-Stiglitz.

IMPACTOS EN EL MERCADO DE FACTORES

En general, los salarios reales y el rendimiento al capital sin ambigüedad en todos los resultados. La eliminación de aranceles y liberalización de servicios tienden a bajar el precio de las importaciones y los costos de producción. Bajos precios del consumo y altos niveles de productividad incrementan el retorno real del trabajo y el capital, igualmente para el trabajo no calificado. En el Cuadro 17 se listan los cambios en el retorno real de los factores.

Cuadro 17. Rendimientos de los Factores de la Liberalización del Sector de los Servicios

	Total	Rcte	Ara	Ied
Perú				
lnd	5.3	-0.1	1.6	3.8
cap	9.4	2	2.7	4.5
res	2	4.8	6.4	2.6
skl	14.1	2.2	3.6	5.3
lab	13	2.5	3.9	4.3
Colombia				
lnd	-0.4	0.3	0.6	0.8
cap	5.4	1.8	2.4	2.9
res	7.4	9	8.7	0.6
skl	7.7	2.2	3.3	3.7
lab	8.1	2.2	3.5	3.4
Venezuela				
lnd	0.2	-3.6	-2.5	2.7
cap	7.9	3.3	3.6	3.6
res	9.9	8.8	10	0.7
skl	6	2.5	3.1	2.7
lab	5.2	2.2	3.2	2.4

⁴ El intercambio entre la mayoría de los servicios es pequeño, y los ingresos aranceles son cercanos a cero en el año base.

	Total	Rcte	Ara	Ied
Ecuador				
cap	10.7	2	2.4	6.5
lab	14.5	2.2	3.3	6.8
mix	13.9	2.5	3.6	5.9
Bolivia				
Ied	8.6	5.6	6.9	4.6
cap	18.7	2.1	2.6	11.2
res	34.4	17.6	21.5	18.9
skl	24.5	2.9	4.3	13.6
lab	23.2	5.4	7.1	11.6

Ied: Rentas de la tierra.
cap: Rendimiento del capital
res: Rentas de recursos y minas
skl: Trabajo calificado
lab: Trabajo no calificado
mix: Ingreso mixto

El principal punto de este artículo es mostrar por qué las ganancias del comercio provienen de la liberalización de servicios, más que del intercambio de bienes. Sin embargo, se debe dar un paso hacia atrás, de los resultados optimistas del Cuadro 16, y observar algunas circunstancias bajo las cuales estas ganancias pueden ser limitadas.

Primero que todo, note que la inversión extranjera es muy importante para mantener la productividad del sector de servicios. Entonces, todos los factores institucionales que hacen que un país no sea atractivo para invertir se aplica en este estudio. Por ejemplo, invertir en lugares peligrosos, con historia de conflicto, son poco probables para recibir IED. Los cuarenta años de conflicto de Colombia con distintos grupos guerrilleros es probablemente una gran barrera a la entrada de IED para este país. Igualmente, un gobierno inestable, como en Bolivia, que coloca una nube oscura sobre los derechos de propiedad o rescinde los contratos hace menos atractiva la región para la inversión. El riesgo cambiario, la inestabilidad política, la corrupción, una pobre infraestructura, una fuerza de trabajo con poca educación son circunstancias que pueden mitigar las potenciales ganancias encontradas en este estudio.

CONCLUSIONES Y FUTUROS ANÁLISIS

Los gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, en este momento, están en posición de ayudar a sus productores locales a participar en el mercado global de bienes y servicios. Aunque la mayoría de las ganancias tradicionales del comercio ya han sido explotadas, existen todavía ganancias provenientes del sector de servicios y de la estandarización y liberalización del sector, por ser explotadas. Se estima que Colombia, Ecuador y Perú pueden obtener un incremento de 1% en el consumo de los hogares tal que los productores tomen ventaja de las preferencias del ATPA en los Estados Unidos. Un acuerdo bilateral aseguraría que estas preferencias no se pierdan en el mediano plazo, pero esto también abriría los mercados andinos a los bienes de Estados Unidos. La eliminación de los aranceles andinos tiene una mezcla de efectos: los precios para bienes finales e insumos intermedios caen, ayudando a incrementar el estándar de vida, pero los productores enfrentarán un incremento de las competencias de Estados Unidos, los cuales bajarían la producción e incrementaría el desempleo. El efecto combinado de mantener las preferencias del ATPA y la disminución de los aranceles andinos es positivo, llevando a unas ganancias netas de aproximadamente de 0.7% a 1%

El componente más importante de un acuerdo de comercio bilateral tiene que ser la

liberalización del sector de servicios e inversión extranjera directa. Si se hace correctamente, la liberalización del sector financiero, de transporte, profesional y comunicaciones, éste puede tener un dramático efecto sobre el crecimiento económico. Usando una variedad de productos Dixit-Stiglitz para los rendimientos crecientes a escala, se encuentra que las ganancias de la eliminación de barreras a la entrada de firmas y a la IED incrementará el PIB en 3.2%, en el mediano plazo y de 5.8% en el largo plazo, después de que el stock de capital se haya ajustado al nuevo, un alto producto marginal. Estas ganancias vienen en gran parte de la mejora en factores de productividad y bajos costos de producción.

Sin embargo, son importantes algunas advertencias, porque existen diferentes impedimentos a la entrada de firmas o inversión extranjera que no es posible involucrar en el modelo. Un ejemplo de esto es el alto índice de violencia o la poca estabilidad del gobierno en Bolivia. Un alto nivel de incertidumbre doméstica limitará la inversión comparada a una región donde los derechos de propiedad y las leyes son respetadas. También, un pobre diseño en las reformas puede reducir sustancialmente los beneficios de la liberalización. En un reporte al gobierno brasilero, Fink et. al. (2003) discute las dificultades más comunes:

Por ejemplo, si la privatización de los monopolios estatales a propietarios privados es conducida sin la introducción de competencia, el resultado puede ser la mera transferencia de rentas a lo propietarios (algunas veces extranjeros) privados. Esto ha sido en parte el caso de Colombia con el mercado de la comunicación móvil. Si el incremento de la entrada dentro del sector financiero no es acompañado de una adecuada supervisión y competencia total, los resultados pueden ser auto-préstamos y pobres decisiones de inversión. Si las políticas para asegurar servicios para todos no toman lugar, la liberalización no mejorará el acceso a los servicios de los más pobres. La administración de las reformas a los sectores de los servicios requiere complementarse con una apertura comercial con la apropiada regulación.

Agricultura: Los subsidios a la agricultura y protección son usualmente las barreras más difíciles de dismantelar. Este estudio encuentra que existen ganancias del comercio agrícola, pero que una cuidadosa y paciente fase de reducción de aranceles no será costosa para toda la economía. Esto es porque el resto de sectores agrícolas protegidos no constituyen un gran componente del PIB. A la industria agro-química se le debería prestar más atención.

DIRECCIONES DE LA FUTURA INVESTIGACIÓN

Múltiples Hogares y Reducción de la Pobreza: Una consideración clave para los países en desarrollo es el efecto de la apertura comercial sobre la pobreza. Un análisis de micro-simulación, el cual combina los efectos macro de rendimientos crecientes a escala con encuestas de hogares (micro-efectos), mejoraría la comprensión de interacción de la pobreza con el comercio. Desarrollos de esta técnica está bajo desarrollo en la División de Comercio del Banco Mundial.

Potencial Exportación de Servicios: Los datos existentes para las exportaciones andinas reportan muy limitadas exportaciones en el sector de servicios. Este ha sido el caso en el pasado, en el presente el intercambio de servicios de servicios entre países de la OECD y países en desarrollo como la India y China sugieren que existen un gran mercado potencial para los países de la Comunidad Andina con países en desarrollo y desarrollados. Un análisis de la ventaja comparativa promedio de los países andinos en servicios profesionales podría ayudar a identificar cómo cada país andino puede tomar ventajas y mejoras en la

podría ayudar a identificar cómo cada país andino puede tomar ventajas y mejoras en la tecnología de transporte de la información.

Perfeccionamiento de los datos en el Sector de Servicios: Una mayor dificultad en evaluar el bienestar potencial y las ganancias en producción para los países andinos en el sector de servicios es la falta de datos concretos. Esto no es un accidente. Para la mayor parte, no hay una contabilidad y seguimiento estándar de la provisión de servicios y comercio. Algunos avances en la comprensión de la provisión de servicios y comercio por la Secretaría General de la Comunidad Andina mejorará la precisión del análisis dramáticamente. Muchas metodologías estándar han sido propuestas bajo el Acuerdo General de Comercio en Servicios (GATS), debería ser implementado por la Secretaría Andina.

REFERENCIAS

- Bergsten, Fred, «The Payoff to America from Global Integration». Forthcoming in *The United States and the World Economy: Foreign Economic Policy for the Next Decade*, Institute for International Economics, Enero 2005.
- Brown, Drusilla and Robert Stern (2001), «Measurement and Modeling of the Economic Effects of Trade and Investment Barriers in Services». *Review of International Economics*, 9 (2): 262-286.
- Dixit, A. and J. Stiglitz (1977), «Monopolistic Competition and Optimum Product Diversity». *American Economic Review*, 76(1):297-308.
- Ethier, W.J. (1982), «National and International Returns to Scale in the Modern Theory of International Trade». *American Economic Review*, 72(2):389-405.
- Findlay, Christopher and Tony Warren (eds), *Impediments to Trade in Services: Measurement and Policy Implications* (London: Routledge), 2000.
- Graham, Frank D. «The Theory of International Values Re-examined». *Quarterly Journal of Economics*, 38 (November 1923), 5486.
- Hertel, T.W. and M.E. Tsigas. 1997. «Structure of GTAP». In T.W. Hertel, ed., *Global Trade Analysis Modeling and Applications*, pp. 1373. Cambridge University Press.
- Jensen, J., D. Tarr, and T. Rutherford (2003) «Russian Accession to the WTO: Economic Impacts with Increasing Returns to Scale», World Bank Economic Archives, *forthcoming*.
- Krugman, P. (1991), *Geography and Trade*, Cambridge, Massachusetts: MIT Press. Lancaster, Kelvin. Socially Optimal Product Differentiation. *American Economic Review*, 1975, 65(4), pp. 567-585.

- Light, M.K. (2003), «Free Trade of the Americas Agreement: Impacts for the Andean Community», Secretariat General public document. Lima, Perú.
- Markusen, James R. (1989), «Trade in Producer Services and in Other Specialized Intermediate Inputs», *American Economic Review*, 79:85-95.
- McGuire, Greg (2002), «Trade in Services Market Access Opportunities and the Benefits of Liberalization for Developing Economies», UNCTAD Policy Issues in International Trade and Commodities Study Series No. 19. United Nations, New York and Geneva.
- Monteagudo, J. and Watanuki, M. «Regional Trade Agreements for MERCOSUR: the FTAA and the FTA with the European Union». Interamerican Development Bank, Research Report, 2002.
- Ohlin, B. (1933), «Interregional and International Trade», Harvard Press, Cambridge, MA.
- Rutherford, Thomas F. (1999), «Applied General Equilibrium Modeling with MPSGE as a GAMS Subsystem: An Overview of the Modeling Framework and Syntax», *Computational Economics*.
- Rutherford, T., M. Light and G. Hernandez, (2002a) «A General Equilibrium Model for Tax Policy Analysis in Colombia», Colombian Department of National Planning Archives.
- Rutherford, T., M. Light, «A Dynamic General Equilibrium Model for Tax Policy Analysis in Colombia», Colombia Department of National Planning Archives.
- Spence, A.M. (1976). «Product Selection, Fixed Costs, and Monopolistic Competition». *Review of Economic Studies*, June, 217-235

APÉNDICE: CUADROS DE DATOS

Cuadro 18. Participación del valor en el producto: Perú

	%-y	%-va	%-l/va	%-k/va	%-sk/l
man	11.1	39.7	19.8	80.2	15.8
lmf	9.5	61.6	8.3	91.7	12.4
adm	9.5	77.5	67.1	32.9	62
con	8.5	49.5	17.8	82.2	12.5
fod	7.9	42.7	8	92	15.4
agr	6.2	67.9	42.1	57.9	1.5
trd	6.1	21.3	73.2	26.8	13.1
eqp	4.5	74.1	5	95	19
mea	4.3	51.2	25.8	74.2	2.6
obs	4.3	70.5	23.1	76.9	47.4
otp	3.3	23.5	85.9	14.1	13.1
fin	3.2	78.3	49.3	50.7	47.4
ros	2.7	47.7	39.5	60.5	47.4
min	1.5	44	38.3	61.7	12.3
utl	1.4	50.2	57.5	42.5	28.7
com	1.4	79.3	23.8	76.2	47.4
oil	0.6	72.8	25.7	74.3	17.8
atp	0.5	10.8	68.9	31.1	12.9
wtp	0.2	9.4	69.6	30.4	13
col	0	17.8	28.7	71.3	-
gas	0	51.4	35.3	64.7	17.6
cgd	13.3	-	-	-	-

%-y: Cambio porcentual en el producto bruto –Tamaño industrial.
 %-va: Valor agregado como un porcentaje del valor total de producto.
 %-l/va: Participación del trabajo en el valor agregado total.
 %-k/va: Participación del capital en el valor agregado total.
 %-sk/l: Participación del trabajo calificado en el trabajo total para una industria dada.

Cuadro 19. Participación del valor en el producto: Venezuela

	%-y	%-va	%-l/va	%-k/va	%-sk/l
man	16.6	22.6	44.3	55.7	17.9
trd	12.9	62.9	34	66	14.8
oil	11.2	71.7	10.7	89.3	19.5
adm	6.1	75.8	97	3	61.1
fod	5.9	31	34.8	65.2	16.9
otp	5.7	51.9	53.3	46.7	14.8
lmf	5.4	25.7	55.3	44.7	14.1
mea	5.2	37.5	48.8	51.2	4.4
con	4	58.9	36.9	63.1	14
utl	3.2	50.1	30.6	69.4	29.7
obs	2.9	77	11	89	47
agr	2.8	73.9	42.7	57.3	1.5
fin	2.4	76.6	29.9	70.1	47
ros	2.2	46.3	21.2	78.8	47
eqp	1.1	29.5	55.6	44.4	22.1
com	1	85.8	11.4	88.6	47
gas	0.6	71.1	3.5	96.5	15.3
atp	0.5	29.5	29.4	70.6	14.5
min	0.5	64.1	22.7	77.3	13.6
wtp	0.5	29.1	30	70	14.5
col	0.1	75.6	43.7	56.3	7.1
cgd	9.1	-	-	-	-

%-y: Cambio porcentual en el producto bruto –Tamaño industrial.
 %-va: Valor agregado como un porcentaje del valor total de producto.
 %-l/va: Participación del trabajo en el valor agregado total.
 %-k/va: Participación del capital en el valor agregado total.
 %-sk/l: Participación del trabajo calificado en el trabajo total para una industria dada.

Cuadro 20. Participación del valor en el producto: Colombia

	%-y	%-va	%-l/va	%-k/va	%-skl/l
adm	18	75	53.1	46.9	59.3
trd	10.9	57.7	69.6	30.4	16
man	9	18.4	47.3	52.7	16.7
mea	8	39.1	49.4	50.6	5.8
fod	6.7	27.2	41.8	58.2	15.9
agr	5.7	68.2	47.5	52.5	1.2
con	5.7	48.7	45.8	54.2	14.3
lmf	5.6	27.1	53.6	46.4	13.5
fin	4.4	56	42.4	57.6	44.4
otp	4.4	49.8	90.6	9.4	16
oil	2.6	62.9	12.7	87.3	17.2
obs	2.2	75.1	66	34	44.4
eqp	2.1	18.4	62.8	37.2	16.5
utl	2	52.9	28.6	71.4	31.5
com	1.1	65.4	38.8	61.2	44.4
atp	0.8	35	46	54	15.9
col	0.6	49.3	17.2	82.8	8.1
wtp	0.4	47	68.9	31.1	15.9
min	0.3	69	61.4	38.6	12.7
ros	0.3	96.1	100	-	44.4
gas	0	63.9	11.9	88.1	10.4
cgd	8.9	-	-	-	-

%-y: Cambio porcentual en el producto bruto –Tamaño industrial.

%-va: Valor agregado como un porcentaje del valor total de producto.

%-l/va: Participación del trabajo en el valor agregado total.

%-k/va: Participación del capital en el valor agregado total.

%-skl/l: Participación del trabajo calificado en el trabajo total para una industria dada.

Cuadro 21. Participación del valor en el producto: Resto de Comunidad Andina

	%-y	%-va	%-l/va	%-k/va	%-skl/l
man	10.6	22.4	22.8	77.2	15.1
adm	9.8	73	70.3	29.7	62
agr	9.7	59.6	43.5	56.5	1.3
fod	9	39	9.5	90.5	15.2
lmf	8.9	57.5	8.7	91.3	11.7
con	6.1	43.7	20.1	79.9	12.4
trd	5.8	21.7	76.1	23.9	13.1
oil	5.5	68.3	27.7	72.3	17.7
mea	4.7	47.1	24.8	75.2	2.3
eqp	3.7	58.5	5.7	94.3	17.8
otp	3.5	18	87.6	12.4	13
obs	3.4	64	25.8	74.2	47.4
fin	3	75.3	54	46	47.4
ros	2.4	39.1	43.1	56.9	47.4
utl	1.6	40.6	63.3	36.7	28.5
com	1.1	67.7	26.5	73.5	47.4
atp	0.4	10.4	72.3	27.7	11.7
min	0.4	21.8	35.8	64.2	10.8
gas	0.3	57.2	40.6	59.4	13
wtp	0.2	19.3	73	27	11.7
cgd	9.8	-	-	-	-

%-y: Cambio porcentual en el producto bruto –Tamaño industrial.

%-va: Valor agregado como un porcentaje del valor total de producto.

%-l/va: Participación del trabajo en el valor agregado total.

%-k/va: Participación del capital en el valor agregado total.

%-skl/l: Participación del trabajo calificado en el trabajo total para una industria dada.

Cuadro 22. Participaciones del Valor Agregado en el Producto (Ecuador)

		%-y	%-va	%-l/va	%-k/va	%-l/(l ^o)
cmc	Comercio al por menor y al por mayor	12.9	62.1	92.4	7.6	13.8
oil	Petróleo crudo y refinado y gas	11.8	42.1	14.5	85.5	100
tm	Transporte y almacenamiento	11.2	66.7	90.5	9.5	9.5
con	Construcción	7.9	53	78.3	21.7	23
adm	Administración pública	4	78.5	67.5	32.5	100
ctl	Ganadería	2.8	39.9	92.2	7.8	5.9
dwe	Renta de casas	2.8	80.7	23.4	76.6	-
sch	Educación	2.8	89.9	83.8	16.2	65.3
tex	Textiles y cueros	2.6	48.5	78.7	21.3	36.6
bnk	Intermediación financiera	2.6	58.3	57.5	42.5	100
utl	Servicios públicos (agua y electricidad)	2.6	38.1	42.8	57.2	100
com	Comunicaciones y correos	2.4	76.1	23.9	76.1	100
lum	Productos de madera	2.4	28.9	78.4	21.6	13.7
otr	Otras actividades de negocios	2.3	88.1	85.7	14.3	52.8
brd	Productos de harina y trigo	2.3	7.7	60.6	39.4	39.5
v_f	Bananas, café y cocoa	2.2	51.7	94.1	5.9	30.8
htl	Hoteles y restaurantes	2.2	54	89.3	10.7	38.5
omt	Productos procesados de carne	1.8	28.1	56.2	43.8	14.9
cnp	Pescado procesado	1.5	40.5	33.8	66.2	32.4
hsp	Servicios sociales y de salud	1.4	79	69.3	30.7	59.6
ppp	Pulpa y productos de papel	1.2	25.8	48.4	51.6	93.4
nmm	Otros productos no minerales	1	30.3	34	66	100
shr	Pesca de camarón	1	19.4	49.3	50.7	8
cns	Camarón procesado	1	66.6	53.5	46.5	63.3
bev	Bebidas	0.9	45.6	30.5	69.5	77.9
gro	Otros cultivos	0.9	64.9	91.7	8.3	23
rbp	Productos plásticos	0.9	19.4	87.4	12.6	100
flr	Cultivos de flores	0.9	80.1	22.1	77.9	100
fmp	Metales Ferrosos	0.9	5.8	67.2	32.8	94.2
vol	Aceite animal y vegetal	0.9	19.7	54	46	100
ofd	Otros productos de comida	0.9	25.5	57.2	42.8	27.7

Cuadro 22. Continuación

		%-y	%-va	%-l/va	%-k/va	%-l/(l ⁰)
chm	Productos químicos	0.8	41.5	40	60	100
fsh	Pesca	0.8	58	92.3	7.7	21.5
otn	Equipo de transporte	0.8	7.7	67.1	32.9	99.4
mil	Productos diarios	0.8	45.3	43.5	56.5	46.4
grn	Cultivos de cereales	0.7	60.7	92.9	7.1	32.7
frs	Silvicultura	0.6	83.5	75.2	24.8	1.2
osr	Otros servicios sociales	0.5	88.9	79.4	20.6	46.4
sgr	Azúcar procesada	0.4	65.4	41.5	58.5	94
mch	Maquinaria y Equipo	0.3	31.2	35.9	64.1	100
cft	Confecciones	0.3	31.4	46.4	53.6	82.1
ins	Planes de seguros: pensiones	0.3	34.5	71.5	28.5	100

%-y: Cambio porcentual en el producto bruto –Tamaño industrial.
 %-va: Valor agregado como un porcentaje del valor total de producto.
 %-l/va: Participación del trabajo en el valor agregado total.
 %-k/va: Participación del capital en el valor agregado total.
 %-l/l⁰: Participación del trabajo no calificado en el trabajo total (trabajo mas ingreso mixto) para una industria dada.
 %-y: Cambio porcentual en el producto bruto –Tamaño industrial.
 %-va: Valor agregado como un porcentaje del valor total de producto.
 %-l/va: Participación del trabajo en el valor agregado total.
 %-k/va: Participación del capital en el valor agregado total.
 %-l/l⁰: Participación del trabajo no calificado en el trabajo total (trabajo mas ingreso mixto) para una industria dada.



Implicaciones en el Comercio de Servicios

Carlos de la Torre Muñoz

Las opiniones del consultor no reflejan la posición de la Secretaría General ni del BID.

IMPACTO DE LAS NEGOCIACIONES HEMISFERICAS: IMPLICACIONES EN EL COMERCIO DE SERVICIOS

- 1 INTRODUCCIÓN
- 2 EL TRATAMIENTO DEL COMERCIO DE SERVICIOS
- 3 ENFOQUE METODOLÓGICO
- 4 ESTRUCTURA METODOLÓGICA
- 4.1 MÓDULO 1: ESTIMACIÓN DE LAS BARRERAS AL COMERCIO DE SERVICIOS
 - 4.1.1 Construcción de un modelo y su aplicación para la obtención de un arancel «ad valórem»
 - 4.1.2 Objetivos del modelo para determinación de arancel «ad valórem»
 - 4.1.3 Aplicación empírica y apertura del arancel «ad valórem» para los países andinos
- 4.2 MÓDULO 2: ANÁLISIS DE COMPETITIVIDAD POTENCIAL
 - 4.2.1 Batería No. 1
 - 4.2.2 Batería No. 2
- 4.3 MÓDULO 3: ANÁLISIS DE INTEGRACIÓN SECTORIAL
- 4.4 DETERMINACIÓN DE VULNERABILIDAD
- 4.5 MÓDULO 4: ANÁLISIS DE EXPORTACIÓN POTENCIAL
- 5 RESULTADOS
- 5.1 MÓDULO 1: ESTIMACIÓN DE LAS BARRERAS AL COMERCIO DE SERVICIOS
 - 5.1.1 Desarrollo estadístico
- 5.2 MÓDULO 2: ANÁLISIS DE COMPETITIVIDAD POTENCIAL
- 5.3 MÓDULO 3: ANÁLISIS DE INTEGRACIÓN SECTORIAL
- 5.4 DETERMINACIÓN DE VULNERABILIDAD
- 5.5 COMPLEMENTARIEDAD CAN
- 5.6 MÓDULO 4: ANÁLISIS DE EXPORTACIÓN POTENCIAL
- 6 CONCLUSIONES
- 7 BIBLIOGRAFÍA
- 8 FUENTES ESTADÍSTICAS
- 9 ANEXOS

RESUMEN

La literatura académica sobre liberalización del comercio de servicios es escasa y reciente, generada a partir de las necesidades prácticas del nuevo impulso al comercio exterior derivado de la creación de la OMC y del surgimiento de procesos de liberalización comercial de segunda generación como son el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y las actuales negociaciones bilaterales entre algunos países latinoamericanos y Estados Unidos para la suscripción de tratados de libre comercio (TLC). El enfoque característico de estos estudios se orienta fundamentalmente a la determinación, a nivel macroeconómico, de los efectos de la liberalización comercial sobre la base de herramientas convencionales, como es la aplicación de modelos de equilibrio general. Esta situación, complementada con las dificultades inherentes a la cuantificación de los servicios y las barreras aplicadas a su comercio, se ha traducido en una falta de estudios para su análisis sectorial enfocados a la definición de estrategias de negociación comercial y la evaluación de impactos en escenarios de apertura de sus mercados.

En la dinámica actual de las negociaciones del ALCA y, principalmente de los TLC, esta falta de estudios obliga a establecer nuevas bases técnicas más acordes con la necesidad de los países de sustentar sus estrategias de acción y negociación que maximicen las posibilidades de obtención de beneficios de la liberalización del comercio de servicios en un entorno en que existen asimetrías muy marcadas entre las economías. En este sentido, este trabajo procura delinear un nuevo espacio para el análisis de los servicios planteando una metodología desarrollada para el efecto y aplicada para los países miembros de la Comunidad Andina a fin de cuantificar los impactos de los procesos de liberalización hemisférica con el ALCA y de los TLC, y de esta manera identificar vulnerabilidades y potencialidades de los sectores de servicios específicos en el marco de la liberalización de su comercio.

Este planteamiento procura asimismo salvar tanto las dificultades técnicas de la cuantificación de los servicios y sus barreras, como las falencias en las estadísticas de base para su aplicación. Para ello se establecen cuatro módulos de análisis complementarios sustentados en la aplicación de metodologías particulares desarrolladas específicamente para la obtención de diagnósticos precisos en el marco de escenarios de apertura comercial. Individualmente, cada módulo arroja resultados ya aplicables para la definición de estrategias de negociación comercial así como para la determinación de posibles efectos de la liberalización en cada país de la CAN; y la articulación de los tres primeros permite la obtención de indicadores de lo que se conoce como vulnerabilidad sectorial. Con ello es posible definir la capacidad de competencia que tienen los prestadores de servicios andinos frente a posibles competidores extranjeros en un proceso de liberalización comercial. El cuarto módulo constituye el análisis cualitativo del mercado en los Estados Unidos que, integrado a determinados resultados parciales de los demás módulos, identifica las posibilidades reales de exportación de los servicios a dicho mercado.

ABSTRACT

Academic literature on trade liberalization of services is scarce and recent, mainly generated from practical necessities aroused from the new impulse to foreign trade of WTO creation and from second generation trade liberalization processes as North America Free Trade Agreement (NAFTA), Free Trade Agreement of Americas (FTAA) and the current bilateral negotiations between some Latin American countries and United States for the subscription

of free trade agreements (FTA). The target of these studies is aimed fundamentally to determine, at a macroeconomic level, the effects of trade liberalization on the basis of conventional tools like the general equilibrium model. This situation, along with the inherent difficulties to quantify services and barriers applied to their trade, has turned into a lack of studies focused on their sector analysis oriented to the definition of strategies for commercial negotiation and the evaluation of impacts in market liberalization scenarios.

In the current dynamics of FTAA negotiations and, mainly of the FTA's, this lack of studies forces to establish new techniques in accordance with the needs of countries to sustain its actions and negotiation strategies approached to maximize the possibilities of obtaining the benefits of trade liberalization in services in an environment in which wide asymmetries exist among the economies. In this sense, this work drafts a new space for the analysis of services, outlining a methodology developed in this extent, and applied for the member countries of the Andean Community in order to quantify the impacts of the hemispheric liberalization processes with the FTAA and of the FTA's, identifying vulnerabilities and potentialities of the specific services sectors in the framework of its trade liberalization.

This proposal also tries to overcome with the technical difficulties of services quantification and its barriers, as with the lacks in the base statistics for its application. This is produced by four modules of complementary analysis sustained in the application of particular methodologies developed to obtain a precise diagnose in the mark of trade liberalization scenarios. Individually, each module produces inputs for the definition commercial negotiation strategies as well as for the determination of possible effects of the liberalization in each Andean country; and the articulation of these three allows the obtaining of indicators of what is known as sector vulnerability. With this it is possible to define the Andean services competition capacity in face to possible foreign competitors in a process of commercial liberalization. The fourth module constitutes the qualitative analysis of the US market integrated to certain partial results of the other modules which identifies the real possibilities of services exports to this market.

1 INTRODUCCIÓN

Los efectos de la liberalización de los mercados a partir de la suscripción de los Tratados de Libre Comercio (TLC) entre países de la Comunidad Andina (CAN) y los Estados Unidos, así como los posibles resultados del todavía no agotado proceso de liberalización comercial hemisférico en el marco del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), definitivamente marcarán la evolución futura de las economías andinas de manera significativa, particularmente en el primer caso por la alta dependencia de su comercio exterior frente al mercado norteamericano. Los eventuales beneficios de los TLC se sustentan en la apreciación de que dicho mercado, el más grande del mundo, genera oportunidades de negocios también muy amplias que de ser aprovechadas adecuadamente resultarían en un impulso importante para el comercio exterior de los países andinos y por tanto para sus economías. De la misma manera, el ALCA ampliaría todavía más estas oportunidades al abrir un espacio comercial de alcance hemisférico. Pero así mismo, es importante tener en cuenta que las grandes diferencias entre la economía estadounidense y las andinas en términos de su productividad, competitividad, escalas de producción, estructuras económicas, etc., condicionan las reales posibilidades de acceso que los sectores productivos de los países de la CAN tendrían a través de sus exportaciones a los mercados de los Estados Unidos. Más bien, la apertura en estas condiciones puede resultar en efectos negativos derivados de las dificultades que los productores andinos tendrían **para enfrentar en sus propios mercados la competencia de las importaciones liberalizadas.**

Sin descartar que pueden existir sectores para los que el TLC, y eventualmente el ALCA, resultarán ventajosos, no es menos cierto que las propias características de las negociaciones en el primero de estos espacios, y las circunstancias coyunturales a su alrededor —como son el momento en que el Ecuador y el Perú entran en ellas dada una temporalidad más bien determinada por las necesidades de Colombia y los Estados Unidos que venían ya buscando un acercamiento en materia comercial desde tiempo atrás, la posible inclusión posterior de Bolivia, la no participación de Venezuela, el plazo tan reducido para llegar a un acuerdo y la insuficiencia de estudios técnicos sectoriales adecuados a las necesidades de la negociación— requieren de precisiones técnicas que permitan un conocimiento claro de la realidad productiva andina al mayor detalle posible. Sólo de esta manera será posible el desarrollo de estrategias de negociación que permitan minimizar los efectos negativos de la competencia externa a través de la determinación de **vulnerabilidades**, y procuren aprovechar al máximo las capacidades del nuevo mercado al que se accede con la liberalización en función de las **potencialidades**.

Este conocimiento, además de fundamentar de manera técnica a las acciones que deberán realizarse en el marco de la negociación comercial, permitirá asimismo realizar la previsión adecuada de los probables impactos resultantes de la apertura de los mercados constituyéndose en herramienta indispensable para la realización de acciones tendientes a precautelar la producción nacional en cada uno de los países de la CAN.

2 EL TRATAMIENTO DEL COMERCIO DE SERVICIOS

La literatura académica sobre liberalización del comercio de servicios es escasa y reciente además que está enfocada hacia la determinación de sus efectos a nivel macroeconómico (ie. Rutherford y Light, 2003; McGuire, 2002; Brown y Stern, 2001). Esto se debe fundamentalmente a que el interés en estos temas surge solamente a finales de los noventa a partir de las necesidades prácticas generadas a raíz de la creación de la OMC y por los procesos de liberalización comercial de segunda generación a los que corresponden el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el ALCA y las actuales negociaciones bilaterales entre algunos países latinoamericanos y Estados Unidos para la suscripción del TLC. Esta situación se ha traducido en la poca producción de estudios para el análisis sectorial de los servicios enfocados a la definición de estrategias de negociación comercial que fundamentalmente se han centrado alrededor de los servicios financieros (ie. Baquero y de la Torre, 2002) y los servicios profesionales (ie. Niño, 2004).

Adicionalmente, el tratamiento de los servicios en el marco de la teoría y estudios de comercio exterior, a diferencia de los bienes, presenta dificultades para su cuantificación tanto en términos de la valoración de su producción como en los niveles y efectos de las barreras aplicadas a su comercio, limitando también el desarrollo de metodologías orientadas a estos propósitos.

Con el arranque de las negociaciones del ALCA, esta falta de estudios se hizo evidente ya que la dinámica del proceso obligó a establecer bases técnicas que permitan sustentar las estrategias que maximicen las posibilidades de beneficios de la liberalización del comercio de servicios en un entorno en que existen asimetrías muy marcadas entre las economías. En este sentido, se ha reconocido que la conformación de una zona de libre comercio en la que los participantes presentan niveles de competitividad muy disímiles puede desembocar en problemas de comercio en «una sola vía», ventajas desproporcionadas para ciertas empresas de ciertos países, impactos altamente negativos para determinados sectores, etc.,

desvirtuándose así los objetivos del libre comercio a menos que se tomen medidas y se negocien los tratados en función de las realidades específicas que deben ser entendidas previamente.

3 ENFOQUE METODOLÓGICO

Desde una perspectiva amplia que abarque a todo el conjunto de los servicios, en el marco de su producción y prestación a nivel andino, no existe una base de análisis previa que permita un punto de apoyo en que el presente trabajo pueda asentarse. Asimismo, los requerimientos que surgen de los actuales procesos de liberalización comercial en que se desenvuelven los países de la CAN, tanto a nivel bilateral con los TLC con Estados Unidos como a nivel hemisférico en el ALCA, apuntan hacia la determinación de elementos técnicos adecuados que se orienten a la definición de estrategias de negociación en función de las realidades específicas de los países, sin que el ámbito de los servicios escape a estos condicionamientos.

Por estas razones, este estudio procura establecer lineamientos de **orden cualitativo** que se enmarquen a la vez en los espacios del análisis desde la perspectiva del comercio internacional de los servicios y desde los requerimientos de insumos necesarios para su negociación. En virtud de ello, los ejes fundamentales en los que se ha construido este análisis son los siguientes:

Base cuantitativa.- La práctica usual en los estudios que se han desarrollado alrededor de servicios específicos enfatiza en la utilización de análisis lógicos basados en alguna experiencia empírica resultante de situaciones reales que es llevada a la generalización de las conclusiones. El presente trabajo se ha enfocado en la determinación de una base cuantitativa sobre la que, a partir de estadísticas sobre el desempeño y condiciones en la prestación de servicios en los países de la CAN, se pueda construir una metodología que al ser evaluada empíricamente permita la determinación de resultados cuya interpretación pueda hacerse desde varias perspectivas, arrojando de esta manera conclusiones de orden **cualitativo** adecuadas para las necesidades específicas de la negociación comercial y la evaluación de impactos de la liberalización de los mercados.

Uniformización de criterios.- La utilización de una base cuantitativa, en el marco de una metodología de análisis estandarizada para los cinco países andinos, permite la homogeneidad de los resultados y su comparabilidad a nivel internacional, con lo que es posible entender la realidad de la situación de los servicios en la CAN tanto desde una perspectiva individual a nivel de cada país como en términos regionales de manera automática. Esta homogeneidad también contribuye a que las interpretaciones cualitativas se realicen sobre los mismos fundamentos, permitiendo que éstas también sean comparables.

Perspectiva de competencia local.- Cualquier análisis orientado a la determinación de elementos para la negociación comercial puede enfocarse desde dos perspectivas básicas: de acceso y de competencia local. La primera procura la determinación de las posibilidades de cada sector o producto para ingresar y competir exitosamente en los mercados de la contraparte en un entorno de liberalización comercial. La segunda busca establecer la capacidad de cada sector o producto para enfrentar una posible competencia extranjera en el mercado local resultante de una liberalización comercial.

El presente estudio, sin excluir la primera perspectiva, enfatiza en la segunda por cuanto se considera que es prioritario el establecimiento de objetivos de negociación de competencia local en espacios como el que presenta el TLC con los Estados Unidos. Esta aproximación resulta lógica teniendo en cuenta las asimetrías entre las economías andinas y la estadounidense, las características de la negociación en que los tiempos son muy reducidos sin que haya existido una fase adecuada de preparación para la negociación de los andinos, y la existencia de formatos normativos predefinidos de acuerdo al enfoque de negociación de los Estados Unidos.

4 ESTRUCTURA METODOLÓGICA

La arquitectura de la metodología se estructura sobre cuatro módulos de análisis complementarios sustentados en la aplicación de metodologías particulares desarrolladas específicamente para la obtención de diagnósticos precisos en el marco de escenarios de apertura comercial. Individualmente, cada módulo arroja resultados ya aplicables para la definición de estrategias de negociación comercial así como para la determinación de posibles efectos de la liberalización; y la articulación de los tres primeros permite la obtención de indicadores de lo que se conoce como vulnerabilidad sectorial. Con ello es posible definir la capacidad de competencia que tienen los prestadores de servicios andinos frente a posibles competidores extranjeros en un proceso de liberalización comercial. El cuarto módulo constituye el análisis cualitativo del mercado en los Estados Unidos que, integrado a determinados resultados parciales de los demás módulos, identifica las posibilidades reales de exportación de los servicios a dicho mercado.

4.1 MÓDULO 1: ESTIMACIÓN DE LAS BARRERAS AL COMERCIO DE SERVICIOS

Una de las mayores dificultades en el análisis de los servicios en el marco del comercio exterior radica en que las barreras son de tipo cualitativo, a diferencia de los bienes donde son principalmente cuantitativas. Estas barreras están establecidas por las regulaciones y legislación sobre su prestación que diferencian entre productores nacionales y extranjeros. Esta situación complica esta primera aproximación descriptiva que resulta indispensable de realizarse en cualquier análisis de comercio exterior y que consiste en la determinación del grado de protección que afecta a cada producto, y en este caso, a cada servicio en el contexto de su respectiva economía. El grado de protección permite cuantificar el estado actual de protección de los productos o sectores de servicios, base indispensable para negociar su apertura y los mecanismos para lograrla. Complementariamente, es posible establecer la probable magnitud de los impactos de la apertura comercial que está necesariamente determinada por el grado de protección y el mecanismo de liberalización a negociarse.

Esta determinación que invariablemente resulta cuantitativa y obtenida de manera directa a partir del arancel base cuando se trata de productos, en el caso de servicios se dificulta por las características de las restricciones a su comercio que son exclusivamente cualitativas.

En este sentido, existen algunas aproximaciones para la cuantificación de las barreras al comercio de servicios. Unas van desde la simple contabilización de las normas específicas que afectan a la prestación de servicios generada por productores extranjeros (frecuencia), hasta la aplicación de metodologías sofisticadas que, sobre la base de análisis econométricos, procuran encontrar valoraciones asimilables a un arancel en el sentido de su afectación en precios y cantidades a la oferta extranjera.

Con estos antecedentes, en el presente trabajo se propone un modelo de cuantificación de las barreras al comercio de servicios en los países andinos a fin de obtener lo que se conoce como arancel «ad valorem». Para el efecto se procuró mantener el equilibrio entre los elementos teóricos indispensables tras la definición de un arancel como las circunstancias prácticas que exige un estudio sectorial de servicios para cinco países. En cuanto a esto último, se buscó adecuar el modelo a las características propias de las estadísticas de servicios existentes en los países andinos precisamente para alcanzar el objetivo de su cuantificación ya que muchas veces la fundamentación teórica correcta y elegante no permite su contrastación empírica.

4.1.1 CONSTRUCCIÓN DE UN MODELO Y SU APLICACIÓN PARA LA OBTENCIÓN DE UN ARANCEL «AD VALÓREM»

La necesidad propuesta de iniciar el estudio cualitativo, a través de una estimación que cuantifique las restricciones al comercio de los servicios en los países andinos, requirió de la construcción de una aproximación teórica y empírica particular que permita la obtención de un arancel «ad valorem» para los países andinos que sea comparable internacionalmente. Esto, además de encajar en las necesidades de este estudio, resulta en insumo indispensable para el análisis a través de la aplicación de modelos de equilibrio general.

El denominado arancel «ad valorem» consiste en un valor aplicable a los servicios como medición de las restricciones a su importación asimilable a lo que representa un arancel respecto al valor de un bien cuando ingresa a una economía.

La todavía escasa y muy reciente literatura académica que aborda esta problemática propone la construcción de lo que se ha dado a conocer como índices TRI (Trade Restrictiveness Index) sobre la base de análisis econométricos que permitan cuantificar la sensibilidad de la producción local de servicios en diversos países a la inversión extranjera directa (Findlay y Warren, 2000).

El argumento central en que se basan estas aproximaciones consiste en establecer que la importación de los servicios se realiza mediante la forma de presencia comercial, es decir que la importación de servicios de una economía resulta de la prestación que realizan en ella empresas extranjeras que se han asentado en la economía importadora para tales efectos. Esto implica que las restricciones a dichas importaciones están dadas por la legislación y normativas locales que imponen requerimientos adicionales a las empresas extranjeras frente a las prestadoras nacionales. Estos requerimientos, que incluyen también otros aspectos de los entornos particulares de prestación, resultan en mayores costos e inversión para los proveedores extranjeros y, por tanto, inciden en los precios de los servicios prestados por estos últimos, encareciéndolos frente a la competencia local. Entonces, la valoración del incremento en estos precios, que en definitiva resultaría en una cuantificación de las restricciones a los prestadores extranjeros, viene a ser el «arancel ad valorem», obtenido a partir de índices TRI.

Los supuestos habituales en que se basan estas propuestas imponen funciones tipo Cobb Douglas y rendimientos de escala crecientes sobre la inversión que se realiza para la producción de servicios. La fortaleza de estos planteamientos radica en que es posible obtener una medición asociable a un arancel y que puede permitir la comparación entre países. Mientras que la debilidad más importante resulta en que la aplicación econométrica se realiza sobre series de corte transversal con ajustes bastante reducidos, a la vez que los requerimientos de información son exigentes puesto que es preciso obtener datos sobre la prestación de servicios en un número importante de países y con una desagregación en subsectores que no puede ser muy compacta.

Ante esta situación, la primera acción ejecutada en el marco de esta investigación consistió en el desarrollo de un modelo teórico que permita una adecuada contrastación empírica con información de fácil acceso y confiable que arroje valores que puedan asimilarse a «aranceles ad valorem» para los servicios en los países andinos.¹

4.1.2 OBJETIVOS DEL MODELO PARA DETERMINACIÓN DE ARANCEL «AD VALÓREM»

Los objetivos que persigue el modelo son los siguientes:

- Obtención de aranceles ad valorem para los distintos subsectores prestadores de servicios en los países de la CAN
- Comparabilidad de los aranceles ad valorem entre los países de la CAN
- Requerimientos de información de fácil acceso y confiable
- Perfecta correspondencia entre la formulación teórica y la construcción empírica.

La lógica del modelo consiste en evaluar la sensibilidad que tiene la producción de servicios en la economía tanto a la inversión local como a la inversión extranjera directa. Una mayor sensibilidad (elasticidad) frente a la inversión nacional en comparación con una menor sensibilidad frente a la inversión extranjera, bajo el supuesto de rendimientos de escala iguales, implica la existencia de trabas o restricciones a esta última, las que pueden cuantificarse como un arancel «ad valorem».

La esencia del modelo difiere de otras propuestas por cuanto se fundamenta en análisis de series de tiempo y no en series de corte transversal. Para el efecto, parte de una formulación tipo Cobb Douglas convencional en que:

$$(1) \quad \text{PIB}_t = f(I_{t-1}, \text{IED}_{t-1})$$

$$(2) \quad \text{PIBS}_t = f(\text{PIB}_t)$$

$$(3) \quad \text{PIBS}_t = f(I_{t-1}, \text{IED}_{t-1})$$

$$(4) \quad \text{PIBS}_t = A I_{t-1}^\alpha, \text{IED}_{t-1}^\beta$$

donde PIB es el Producto Interno Bruto, PIBS corresponde al Producto Interno Bruto de Servicios, I es inversión e IED es inversión extranjera directa.

En tanto que α y β corresponden a las elasticidades de PIBS frente a I y a IED respectivamente.

De la expresión (4), al obtenerse los valores de las elasticidades, se procede a calcular su diferencia que corresponde a una cuantificación de las restricciones a la inversión extranjera para la producción y prestación de servicios denominada índice de restrictividad al comercio (TRI).

$$(5) \quad \text{TRI} = \alpha - \beta$$

¹ Cabe destacarse que una determinación «perfecta» de los aranceles «ad valorem» deberían diferenciar los modos de prestación (los 4 de la OMC o los 2 de los TLC), pero la complejidad en su obtención reduce a su obtención bajo los elementos propios de la prestación bajo presencia comercial, extendiéndose los valores a los demás modos.

Asimismo, por concepto de elasticidad:

$$(6a) \quad \alpha = \frac{I}{PIBS} \frac{dPIBS}{dI} \qquad (6b) \quad \beta = \frac{IED}{PIBS} \frac{dPIBS}{dIED}$$

Por lo tanto:

$$(7a) \quad TRI = \frac{dPIBS}{PIBS} \left[\frac{I}{dI} - \frac{IES}{dIES} \right]$$

De acuerdo a (7), si no existen restricciones para la prestación de servicios a través de la presencia comercial establecida mediante inversión extranjera directa, $TRI = 0$, lo que significa que:

$$\frac{I}{dI} = \frac{IES}{dIES}$$

En caso de existir restricciones, $TRI > 0$ lo que implica que esta igualdad no se va a cumplir y el primer término será superior al segundo.

Este planteamiento es válido si la escala de los rendimientos para la inversión local y la extranjera son iguales. En caso de que pueda comprobarse que no es así, la expresión (7a) cambia a (7b).

$$(7b) \quad TRI = \frac{dPIBS}{PIBS} \left[\frac{I}{dI} - \frac{IES}{dIES} \right] + \phi$$

Donde ϕ corresponde a la diferencia entre los coeficientes asociados a las productividades marginales de la inversión extranjera y la inversión local.

Analizando el primer componente del lado derecho de (7b) se aprecia que la expresión:

$$\frac{dPIBS}{PIBS}$$

corresponde a la variación relativa de la producción de servicios que se multiplica por:

$$\left[\frac{I}{dI} - \frac{IES}{dIES} \right]$$

que resulta en la diferencia de las inversas de las variaciones relativas de la inversión local e inversión extranjera directa, lo que determina entonces la magnitud de la variación relativa de la producción de servicios.

Teniendo en cuenta que:

$$(8) \quad \text{PIBS} = P_s Q_s$$

en donde P_s corresponde al precio de los servicios y Q_s a su cantidad o volumen de prestación. Sobre esta base, es posible fijar Q_s bajo la consideración que el análisis se remitirá a evaluar variaciones en la producción exclusivamente debidas a cambios en los precios. Por lo tanto:

$$(9) \quad \frac{d\text{PIBS}}{\text{PIBS}} = \frac{dP_s}{P_s}$$

Con ello, (7a) y (7b) quedan como:

$$(10a) \quad \text{ARANCEL} = \frac{dP_s}{P_s} \left[\frac{I}{dI} - \frac{IES}{dIES} \right]$$

$$(10b) \quad \text{ARANCEL} = \frac{dP_s}{P_s} \left[\frac{I}{dI} - \frac{IES}{dIES} \right] + \phi$$

ya que la variación relativa en los precios de los servicios, debida a la diferencia de las variaciones relativas de la inversión local y extranjera para la producción de la misma cantidad de servicios, es la cuantificación de las restricciones a los capitales foráneos, lo que le convierte en una Proxy de un arancel. Esto, debido a que la variación relativa de los precios de los servicios en (10b) puede interpretarse como la variación necesaria para cubrir la brecha en los aportes relativos de las inversiones local y extranjera para un incremento en el producto.

Este modelo, además de entregar aranceles «ad valórem», tiene la ventaja de que puede utilizarse para evaluaciones intertemporales de la evolución de los procesos de liberalización del comercio de servicios, ya que al medirse los aranceles para períodos distintos, su diferencia corresponde a los avances en la liberalización.

4.1.3 APLICACIÓN EMPÍRICA Y APERTURA DEL ARANCEL

«AD VALÓREM» PARA LOS PAÍSES ANDINOS

Este arancel «ad valórem» se calculó para cada uno de los países miembros de la CAN a partir de la ejecución econométrica del modelo para series de tiempo procurando que correspondan a períodos recientes (observaciones trimestrales en series de los últimos 10 años), lo que implica considerar el supuesto de que las barreras al comercio de servicios se han mantenido constantes en los lapsos considerados.

La determinación empírica del modelo permite establecer aranceles «ad valórem» específicos para los subsectores que pueden aplicarse sobre la base de cualquier clasificación o nomenclatura. Para el efecto se procedió a la identificación de los compromisos consignados por los países andinos tanto en la OMC como en la CAN para la liberalización de servicios a partir de la clasificación OMC w120 con una apertura a 1er nivel.² Estos compromisos se valoraron de acuerdo a su condición cualitativa de acuerdo al siguiente cuadro:

donde VAB_i corresponde al valor agregado bruto (sin descontar depreciación), C_i al consumo intermedio y Re_i a las remuneraciones, todos del subsector i .

Esta relación permite determinar cuánto de la producción en términos monetarios es generada por el gasto de una unidad monetaria en el proceso productivo. A mayor valor se asume una mayor eficiencia en términos de los costos productivos incurridos, asimilable a una posible mayor productividad.⁴ Este indicador se complementa con el grado de especialización definido por:

$$(12) \text{ especialización} = \frac{P_i}{P}$$

donde P_i corresponde a la producción de mercado del sector i , mientras que P corresponde a la producción total de los servicios.

El grado de especialización es la participación de la producción de un sector determinado en el total de todos los servicios en cada país. Se entiende como especialización por cuanto un mayor índice refleja una mayor asignación de recursos de la economía a la producción de dicho servicio,⁵ es decir, se trata de una mayor «especialización productiva» (bajo el supuesto de que existe una función de producción única para los todos los servicios en la economía).

La combinación de ambos índices normalizados⁶ puede graficarse en un plano cartesiano permitiendo así un análisis visual para la determinación del grado de competitividad potencial de cada sector de servicios, esto es su capacidad de competir frente a la prestación local de servicios similares provenientes del exterior.⁷

4.2.2 BATERÍA N° 2

Este nuevo análisis se desarrolla con una pequeña variante frente al caso anterior ya que la ECP se establece de la siguiente manera:

$$(13) \text{ eficiencia en costos productivos (ECP)} = \frac{VAB_i}{C_i}$$

En esta relación, a diferencia de (11) sólo se incluye en el denominador al consumo intermedio de los subsectores. Esto permite analizar la eficiencia en los costos productivos sin incluir a las remuneraciones o pagos al trabajo. Con ello es posible descontar los efectos de distorsión que pueden deberse a los condicionamientos existentes sobre los salarios que, en muchos casos, como es el del Ecuador, se fijan a partir de mínimos, o en otros países se reducen en términos reales por la depreciación de las monedas locales.

⁴ En el caso de los servicios es altamente compleja una determinación de relaciones técnicas de producción que permitan determinar niveles de productividad sobre los factores por lo que las mediciones deben orientarse por el lado de los costos.

⁵ Se entiende que en las funciones de producción de los servicios siempre existe una proporcionalidad directa entre la utilización de insumos y el producto.

⁶ La normalización se realiza dividiendo cada uno de los índices para el mayor de ellos. Esto permite que la ubicación en el plano cartesiano sea RELATIVA en términos del total de los servicios.

⁷ Ver resultados.

4.3 MÓDULO 3: ANÁLISIS DE INTEGRACIÓN SECTORIAL

La noción de «integración sectorial» se enfoca en la identificación de las cadenas productivas o «de valor» en el sistema económico. De esta forma es posible definir los vínculos que tiene cada subsector prestador de servicios en términos de los insumos que requiere de los otros sectores de la economía y de los productos del sector que los demás a su vez insumen. El análisis de integración sectorial introduce en el estudio tanto la posibilidad de incorporar los efectos indirectos en el sector analizado resultado de los impactos en cada país de la liberalización comercial en los sectores vinculados, como la intensidad de los encadenamientos como condicionantes de sus sensibilidades.

Para el efecto es preciso construir una matriz cuadrada para cada país originada una nomenclatura de servicios que en este caso corresponde a la OMC w120 sobre la base de las Matrices Producto (Tablas de Utilización según el SCN93) que publican los organismos responsables de la elaboración de las cuentas nacionales en los países andinos. Esta matriz cuadrada abre los subsectores de servicios y comprime a los demás sectores de la economía para analizar las interrelaciones productivas a escala general entre los servicios y el resto de la economía.

De estas matrices se obtienen coeficientes de integración intersectorial que permitirán evaluar los posibles canales de transmisión de los efectos de la liberalización entre los distintos sectores a través de los encadenamientos productivos tanto hacia delante como hacia atrás, así como las sensibilidades en función de la intensidad de dichos encadenamientos.

Para efectos de la construcción estandarizada de las matrices, su estructuración se estableció de acuerdo al siguiente esquema:

Productos \ Ramas	Agricultura, cría de animales, caza y pesca	Petróleo, gas natural y minerales	Electricidad, gas y agua	Agrindustriales	Industriales	Servicios
Agricultura, cría de animales, caza y pesca						
Petróleo, gas natural y minerales						
Electricidad, gas y agua						
Agrindustriales						
Industriales						
Servicios						

4.4 DETERMINACIÓN DE VULNERABILIDAD

La «vulnerabilidad» resulta de la combinación de la situación sectorial en términos de su competitividad potencial, integración sectorial y grado de apertura. Aquellos sectores o subsectores altamente restringidos, fuertemente integrados y con baja competitividad potencial serán altamente vulnerables al proceso de liberalización comercial a menos de que se tomen medidas de corto plazo y se consigan ventajas en la negociación. Por otra parte, los sectores o subsectores sin restricciones, con integración moderada o baja y con alta competitividad potencial, serán los que mejor enfrenten la liberalización de su comercio. Para el efecto, se sintetizan los resultados de los tres módulos anteriores por país con lo que es posible la definición de indicadores que resuman la situación de cada uno de los subsectores de servicios de los países andinos, así como la situación general del sector servicios, agregada para la región.

4.5 MÓDULO 4: ANÁLISIS DE EXPORTACIÓN POTENCIAL

Un análisis de exportación potencial procura la identificación de los subsectores de servicios que están en capacidad de competir en los mercados extranjeros fruto de procesos de liberalización comercial. Esto definitivamente resulta bastante complejo por cuanto la prestación de servicios en determinado mercado está sujeta a las condiciones del entorno económico en que son generados. Así que los subsectores que pueden ser competitivos en su mercado local no necesariamente pueden replicar esta condición en otros mercados a los que acceden, y todo depende del nivel de vinculación en términos productivos y de mercado que tienen respecto a cada entorno y las características propias de éstos.

Bajo esta perspectiva, la determinación de los servicios producidos en las economías andinas con potencial de exportarse hacia otros mercados, particularmente al de los Estados Unidos, obliga a obtener una imagen muy detallada de las condiciones particulares de prestación en el mercado estadounidense y combinar con las características propias de cada subsector en cada país andino.

Elementos como las diferencias normativas entre las legislaciones estatales entre sí, y entre ellas y la legislación federal en los Estados Unidos, resultan en restricciones casi insalvables para una determinación puntual de posibilidades de exportación de servicios desde los países andinos. Asimismo, características de las demandas en la diversidad geográfica y étnica que abarca el extenso territorio de los Estados Unidos implican la necesidad de considerar variables adicionales a considerarse en un análisis de este tipo.

Por estas circunstancias, se procede más bien a utilizar algunos de los resultados de los módulos anteriores a efectos de encajar con elementos generales del desempeño de los mercados en los Estados Unidos para la obtención de conclusiones respecto al potencial de exportación de servicios.

5 RESULTADOS

5.1 MÓDULO 1: ESTIMACIÓN DE LAS BARRERAS AL COMERCIO DE SERVICIOS

5.1.1 DESARROLLO ESTADÍSTICO

El procedimiento para la estimación de las barreras al comercio de servicios para cada país consistió en la aplicación empírica de una función tipo Cobb Douglas en que se determinaron las sensibilidades de la inversión local, medida a través de la formación bruta de capital fijo (FBKF) registrada por las Cuentas Nacionales de los países andinos, y de la inversión extranjera directa (IED) respecto a la producción local de servicios. Para el efecto se evaluaron especificaciones econométricas que incorporaron ajustes habituales para evitar problemas de autocorrelación y heterocedasticidad de acuerdo a la siguiente formulación:

$$(14) \quad \log(\text{PIBS}_t) = \beta_0 + \beta_1 \log(I_{t-1}) + \beta_2 \log(\text{IED}_{t-1}) + \mu$$

Se utilizaron series de tiempo trimestrales desde 1994.I hasta 2004.IV valoradas en las respectivas monedas locales a valores corrientes (salvo Venezuela en que la información

sólo estuvo disponible a valores constantes en bolívares de 1984). Se escogió para cada país el modelo de mejor ajuste y con estimadores en niveles de confianza superiores al 95%. En el caso de Colombia se detectó que existe una ventaja cambiaria para la IED por lo que su arancel «ad valórem» fue corregido por la depreciación trimestral promedio del período de análisis. Tanto Perú como Bolivia presentaron de manera directa aranceles aparentemente nulos por lo que se procedió a determinar econométricamente la diferencia de productividades entre la inversión local y la IED frente a la producción total, considerándose que la ventaja de esta última equivale al nivel de restricción que afecta a la prestación de servicios por parte de extranjeros. Los resultados a nivel de país se exponen en la

Tabla N° 1

	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú	Venezuela
Alfa	0,24	0,15	0,21	0,27	-0.01
Beta	0,17	0,02	-0,07	0,36	-0.20
Diferencia	0,07	0,13	0,28	-0,09	0.19
Ad valórem ajustado	36,87%	16,20%	27,99%	13,64%	18.68%

La subsiguiente repartición a nivel subsectorial de acuerdo al método de «frecuencias valoradas cuantitativamente» arrojó los siguientes resultados:

Tabla N° 2

Aranceles ad valórem	BOLIVIA		COLOMBIA		ECUADOR		PERÚ		VENEZUELA	
	CAN	OMC	CAN	OMC	CAN	OMC	CAN	OMC	CAN	OMC
1. SERVICIOS PRESTADOS A LAS EMPRESAS	14,93%	51,94%	5,02%	26,34%	6,74%	40,57%	1,46%	19,78%	7,66%	27,89%
2. SERVICIOS DE COMUNICACIONES	11,29%	36,53%	4,05%	15,98%	4,88%	27,41%	1,12%	13,55%	5,54%	18,58%
3. SERVICIOS DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS DE INGENIERIA CONEXOS	9,84%	34,75%	3,52%	14,94%	4,65%	27,25%	1,00%	12,78%	4,96%	17,11%
4. SERVICIOS DE DISTRIBUCION	11,11%	36,87%	3,97%	16,20%	4,87%	27,99%	0,93%	11,88%	5,58%	18,68%
5. SERVICIOS DE ENSEÑANZA	10,95%	36,61%	3,90%	15,84%	4,85%	27,95%	1,06%	13,35%	5,56%	17,99%
6. SERVICIOS RELACIONADOS CON EL MEDIO AMBIENTE	11,01%	36,57%	3,97%	16,15%	4,86%	27,97%	1,09%	13,57%	5,48%	18,50%
7. SERVICIOS FINANCIEROS	11,52%	36,72%	5,06%	16,27%	5,03%	28,04%	1,07%	13,59%	6,31%	18,70%
8. SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	10,94%	35,19%	3,82%	15,60%	4,82%	27,67%	1,08%	13,30%	5,38%	17,89%
9. SERVICIOS DE TURISMO Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LOS VIAJES	10,56%	34,22%	3,76%	15,39%	4,71%	26,77%	1,03%	12,85%	5,17%	16,72%
10. SERVICIOS DE ESPARCIMIENTO, CULTURALES Y DEPORTIVOS (excepto los servicios audiovisuales)	10,63%	35,63%	3,86%	15,96%	4,86%	27,95%	1,09%	13,54%	5,17%	17,81%
11. SERVICIOS DE TRANSPORTE	15,48%	48,71%	4,62%	20,28%	7,14%	44,10%	1,38%	15,99%	6,01%	21,10%

servicios financieros tienen una mayor protección que el transporte). En el caso de los *servicios prestados a las empresas* es claro que exista una mayor protección entre los andinos. Esto se debe a que en esta clasificación se incluyen los *servicios profesionales*⁸ que tradicionalmente son los que incorporan mayores restricciones fundamentalmente de nacionalidad y residencia⁹ con lo que en la determinación de las «frecuencias valoradas cualitativamente» esta subclasificación contribuye de manera importante al arancel «ad valorem» así como los *servicios técnicos* y los *servicios de consultoría*.

En cuanto al subsector de *transportes*, se repite en los cinco países que el *transporte aéreo* y el *transporte por carretera* para carga y pasajeros presentan restricciones importantes en virtud de que tradicionalmente son servicios sensibles en general para las economías (En términos de su participación promedio en el PIB en los últimos años del siglo XX representa el: 7.77% para Bolivia, 7.14% para Colombia, 6.1% para el Ecuador, 7.4% para Perú y 5.9% para Venezuela).¹⁰

El caso de Colombia en que, a nivel de las restricciones en el marco de la CAN, superan las correspondientes a *servicios financieros* a las que recaen sobre *transportes*, es consistente con su realidad en que las actividades de intermediación financiera históricamente se han desarrollado a un menor nivel de apertura comparativamente al resto de miembros de la CAN que, como es el caso de otros miembros, desde tiempo atrás han adoptado legislaciones aperturistas para sus sistemas financieros.¹¹

Estos resultados, en conjunto para los cinco países andinos, reflejan una alta sensibilidad a la apertura de los sectores indicados por el importante «gap» que representan los niveles de restricción relativa en sus economías.

Ya de manera individual, los países más protegidos en todos los subsectores de prestación de servicios son Bolivia y el Ecuador, mientras que el Perú se ubica en el otro extremo.

5.2 MÓDULO 2: ANÁLISIS DE COMPETITIVIDAD POTENCIAL

El análisis de competitividad potencial permite identificar la situación de los servicios en los países andinos a partir de una representación gráfica en que sobre la base de la determinación de áreas es posible ubicar a cada subsector en términos de su situación particular para enfrentar la competencia extranjera en su mercado local en un entorno de liberalización comercial de acuerdo a la siguiente interpretación:

Para cada país se construyen dos gráficos correspondientes a cada una de las baterías establecidas. Cada gráfico constituye un cuadrante cartesiano en cuyo eje horizontal se representa el grado de especialización normalizado en la producción de servicios, mientras que en el eje vertical se representa el nivel de eficiencia en los costos de producción (ECP) también normalizado. La recta de 45 grados representa los puntos en que la especialización productiva coincide en términos relativos con la ECP, lo que significa que aquellos subsectores que se ubiquen sobre ésta, estarán siendo producidos en una proporción adecuada a su eficiencia en términos de costos, con lo que la economía estará asignando

⁸ Para consultar la apertura de la clasificación a mayor nivel ver los Anexos.

⁹ Niño (2004), p. 34.

¹⁰ Secretaría General de la CAN (2001), p. 76-77.

¹¹ El caso del Ecuador es característico por cuanto en 1994 se promulgó la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero que, a efectos de los compromisos requeridos para su entrada a la OMC, estableció un esquema aperturista al funcionamiento de los mercados de intermediación financiera que rebasa los niveles consignados por los demás miembros andinos en este foro comercial.

los recursos adecuados para su producción. La banda paralela a esta recta y con una apertura del 20% a cada lado delimita la zona en la que aquellos subsectores ubicados dentro de ella, aun cuando no coincidan con la recta de 45 grados, se aproximan también a una relación apropiada entre eficiencia y especialización.

Por debajo de la banda, el área resultante denominada **zona de pérdida**, conjuga a aquellas posiciones en las que la prestación de servicios, por parte de los subsectores correspondientes, se realiza en niveles de eficiencia inferiores en términos relativos a su especialización productiva, lo que se interpreta de dos maneras:

- I) La economía asigna excesivos recursos para la prestación de servicios poco eficientes; y,
- II) Los subsectores ubicados en esta zona no tienen capacidad de enfrentar la competencia extranjera de servicios similares que puedan prestarse con niveles de eficiencia superiores.

Esta segunda interpretación permite identificar de manera directa aquellos sectores que pueden ser perdedores en un proceso de liberalización comercial, particularmente si la competencia puede darse a través de prestación transfronteriza¹² que incorpore elementos tecnológicos y/o estructurales que impliquen mayor productividad de parte de los prestadores extranjeros, o la prestación por presencia local que resulte más competitiva.

Asimismo, esta zona puede resultar atractiva para el ingreso de competidores extranjeros si precisamente disponen de las ventajas antes indicadas.

El área por encima de la banda, denominada **zona de bajo impacto**, corresponde a aquellas posiciones en que los subsectores de servicios presentan una mayor eficiencia relativa respecto a su especialización, lo que denota una capacidad de competencia frente a competidores extranjeros que ingresen al mercado local en virtud de la liberalización comercial.

Esta zona puede también resultar atractiva para la competencia extranjera por cuanto la alta eficiencia implica también rendimientos más altos en la prestación de dichos servicios. Pero la capacidad de competencia local puede dificultar el ingreso de nuevos prestadores, reduciendo el riesgo de que los prestadores locales puedan resultar afectados de la apertura de los mercados.

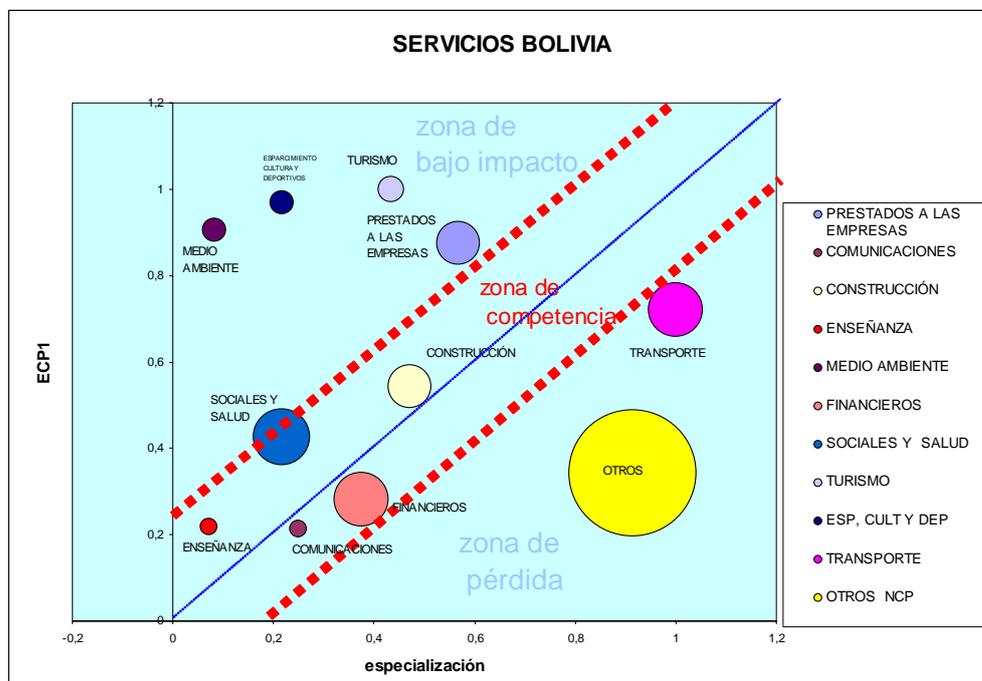
La interpretación del área en la banda, establecida como **zona de competencia**, incluye a los servicios que equilibran su especialización y eficiencia, resulta menos atractiva para el ingreso de competidores extranjeros como es el caso de la zona de bajo impacto, pero la menor capacidad de competencia de los prestadores locales da mayores posibilidades para la entrada de empresas extranjeras, lo que constituye un incentivo para que esto ocurra y sean estos sectores los más competidos.

El diámetro de los círculos que representan a los subsectores determina la intensidad en mano de obra que se requiere para cada prestación. Esto complementa el análisis gráfico por cuanto el posible impacto social de un efecto negativo ha de ser proporcional al nivel

¹² Las referencias a comercio transfronterizo o prestación transfronteriza se realizan desde la perspectiva estadounidense en que se incluyen en esta categoría los modos de prestación que no corresponden al modo 3 del GATTs referente a presencia comercial.

de empleo de cada subsector, especialmente si la competencia extranjera se produce por prestación transfronteriza, ya que un desplazamiento del productor nacional no necesariamente va a implicar la reabsorción del empleo en la producción del servicio afectado.

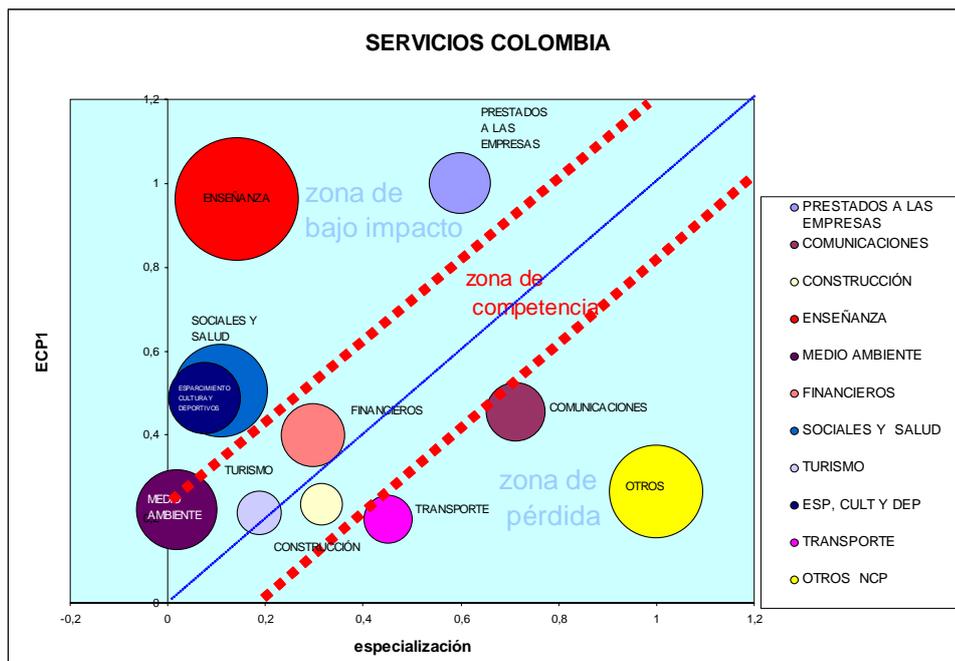
A continuación se reproducen los resultados de la Batería No. 1.



Para Bolivia, esta batería presenta en la zona de pérdida a los subsectores de *transporte* y *otros*.¹³ Debido a que dentro de *otros* se encuentran servicios prestados por la administración pública, su ubicación en la zona de pérdida puede resultar en un incentivo para su prestación por parte de agentes privados extranjeros que puedan hacerlo con niveles de productividad mayores. Esto implica que hay un espacio para que Bolivia enfrente presiones a favor de la privatización de determinados servicios incluidos en esta clasificación (ie. salud, pensiones, etc.) ya que los prestadores extranjeros con productividades superiores podrían beneficiarse de la apertura de estos mercados. Además, el impacto social de producirse esta situación puede resultar muy importante. Asimismo, debe tenerse muy en cuenta que, a pesar de que los *servicios financieros* están dentro de la zona de competencia, su proximidad a la zona de pérdida debe generar preocupación,¹⁴ así como es el caso de *comunicaciones*. En virtud de la imposibilidad de determinar con mayor precisión la situación de las subclasificaciones, el aporte relevante de este análisis es el de dar señales de que al menos con estos subsectores se debe tener especial cuidado en las negociaciones comerciales, obligando a la profundización en su conocimiento para actuar adecuadamente en función de los intereses nacionales.

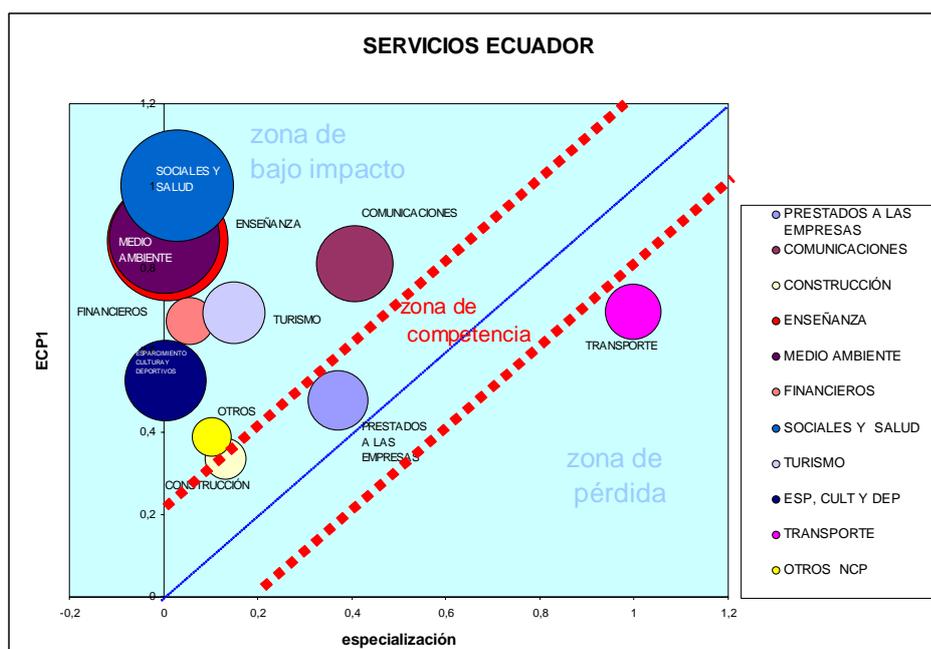
¹³ A excepción del Ecuador, en el subsector de «otros» se incluye información sobre servicios prestados por las administraciones públicas. En el caso ecuatoriano no se realizó de esta manera por cuanto la construcción de estos indicadores pudo realizarse sobre la base de información altamente desagregada a nivel de empresas prestadoras de servicios a partir de datos de la Superintendencia de Compañías del Ecuador.

¹⁴ Cabe destacarse que la estrecha apertura de la clasificación utilizada para este análisis determina de manera general el posicionamiento de cada subsector desde un punto de vista agregado. Esto implica que, con una apertura mayor, los subsectores desagregados puedan ubicarse en otras posiciones del cuadrante reflejando con mayor precisión su situación particular.

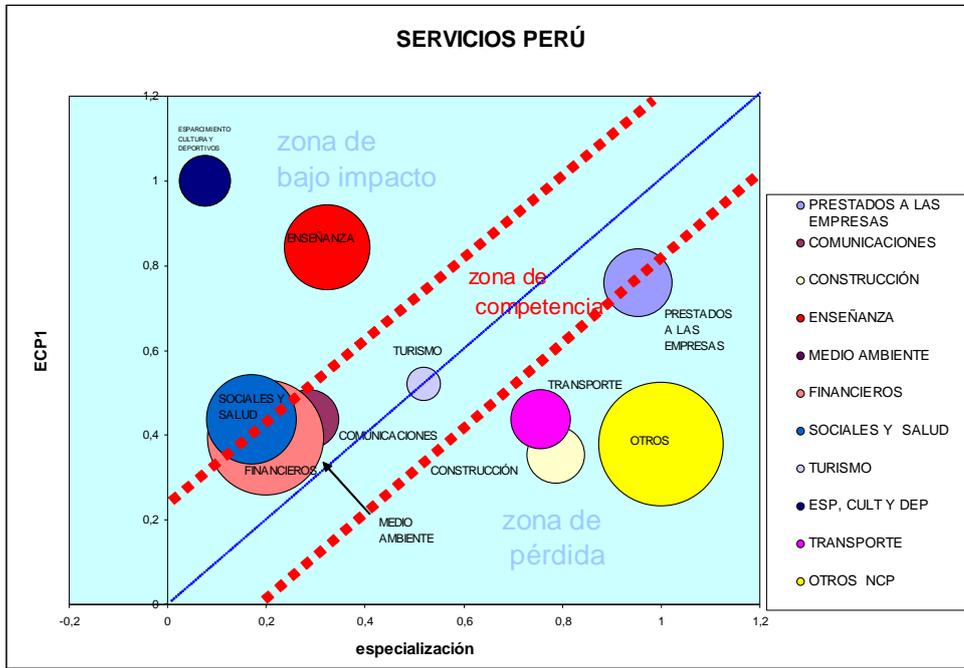


Con Colombia se repite el caso boliviano de los subsectores *transporte* y *otros*, mientras que *comunicaciones* entra también de lleno en la zona de pérdida, y *construcción* se aproxima al piso de la banda. También son elevados los incentivos para la privatización de algunos servicios producidos por la administración pública con el consiguiente beneficio para que esos espacios sean ocupados por prestadores extranjeros en un entorno de liberalización comercial.

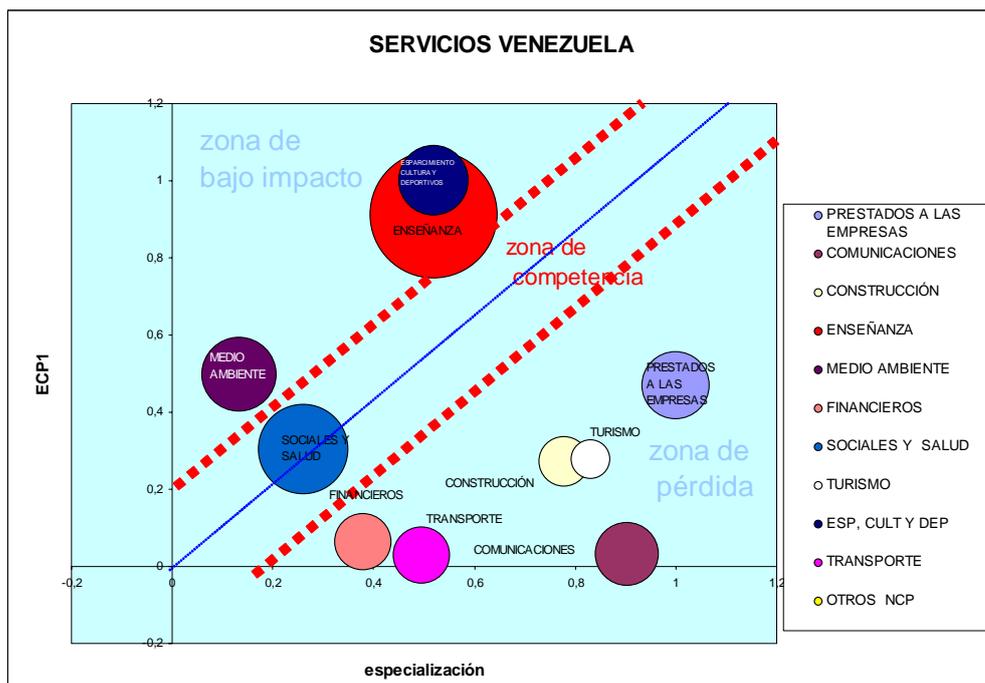
Los sectores menos vulnerables en Colombia son los *sociales y de salud* y en mayor medida *enseñanza*, entendibles también por su reducida potencialidad de transabilidad.



En el Ecuador se refleja como situación común el hecho de que *transportes* se ubique en la zona de pérdida, mientras que son *enseñanza*, *medio ambiente* y *otros*, los de menor riesgo de impacto. En este caso, se aprecia que los *servicios prestados a las empresas* si bien no presentan un riesgo notorio de resultar afectados, su ubicación en la zona de competencia obliga a poner cuidado en ellos, considerando que incorporan a los *servicios profesionales*.

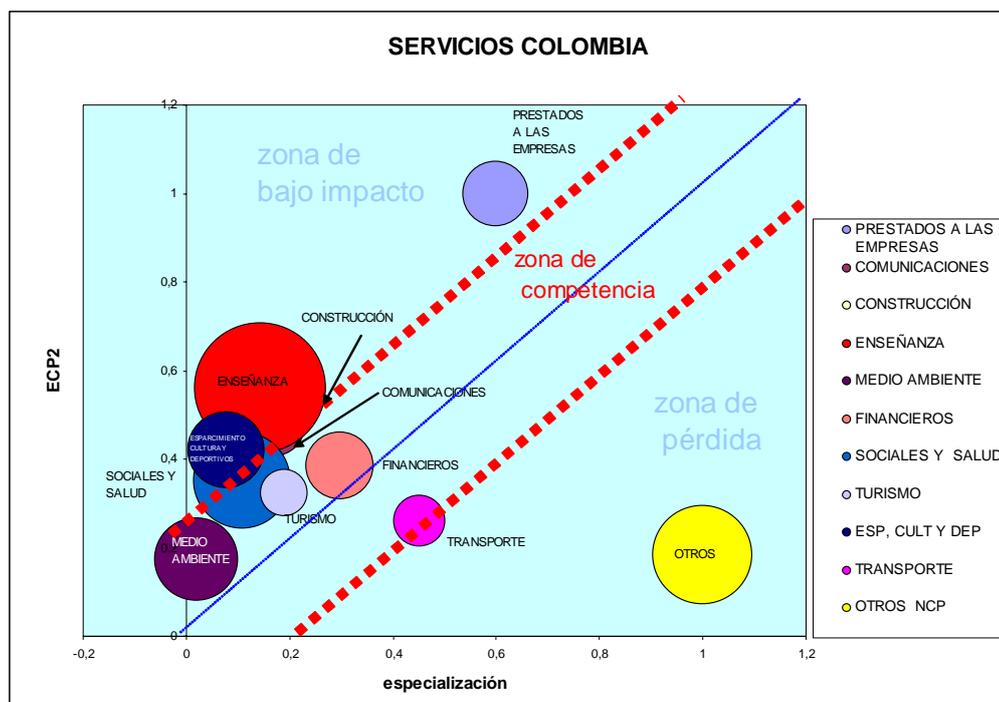
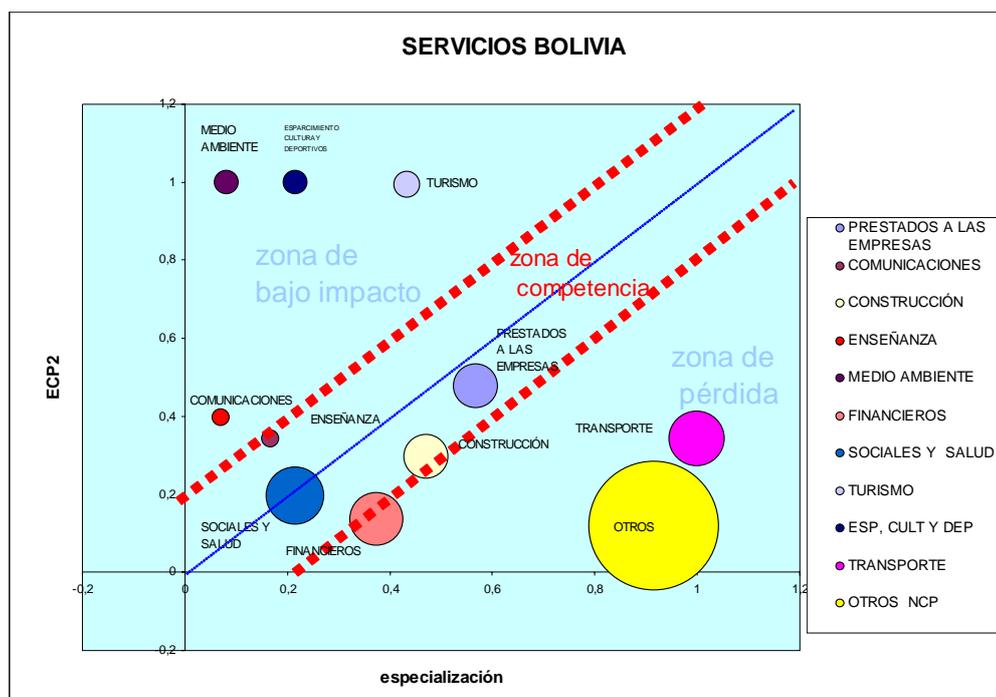


El Perú replica lo indicado para los otros países ya que son *otros*, *transporte*, *construcción* y *servicios prestados a las empresas* los que se ubican en la zona de pérdida, así como *enseñanza* en la de bajo impacto. El incentivo a las privatizaciones aparece también relevante.

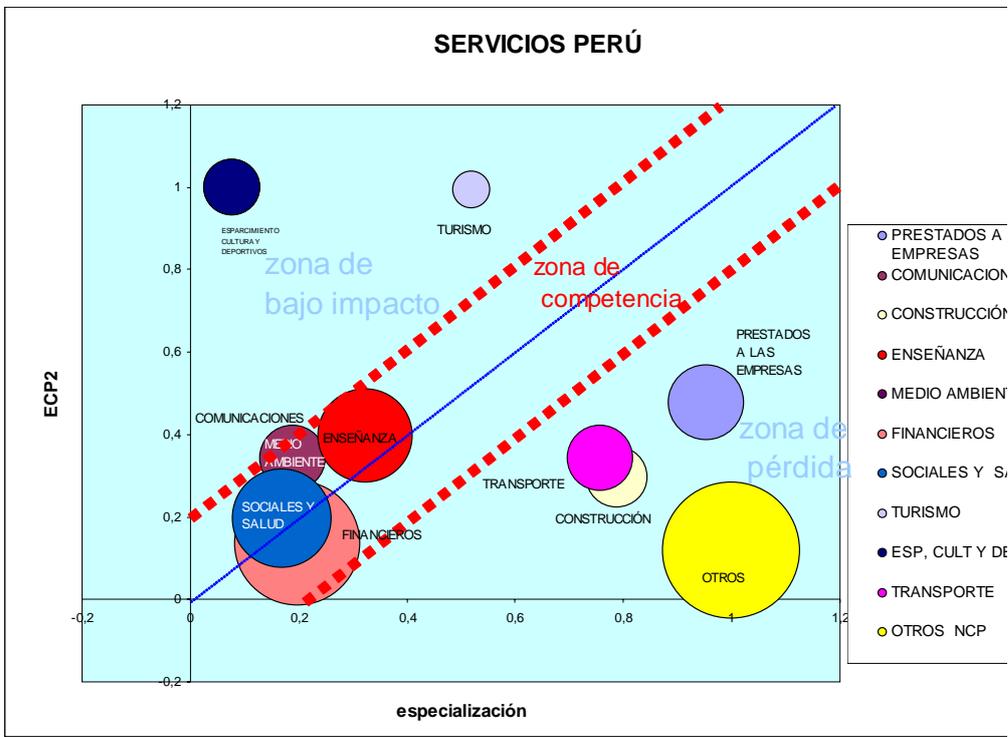
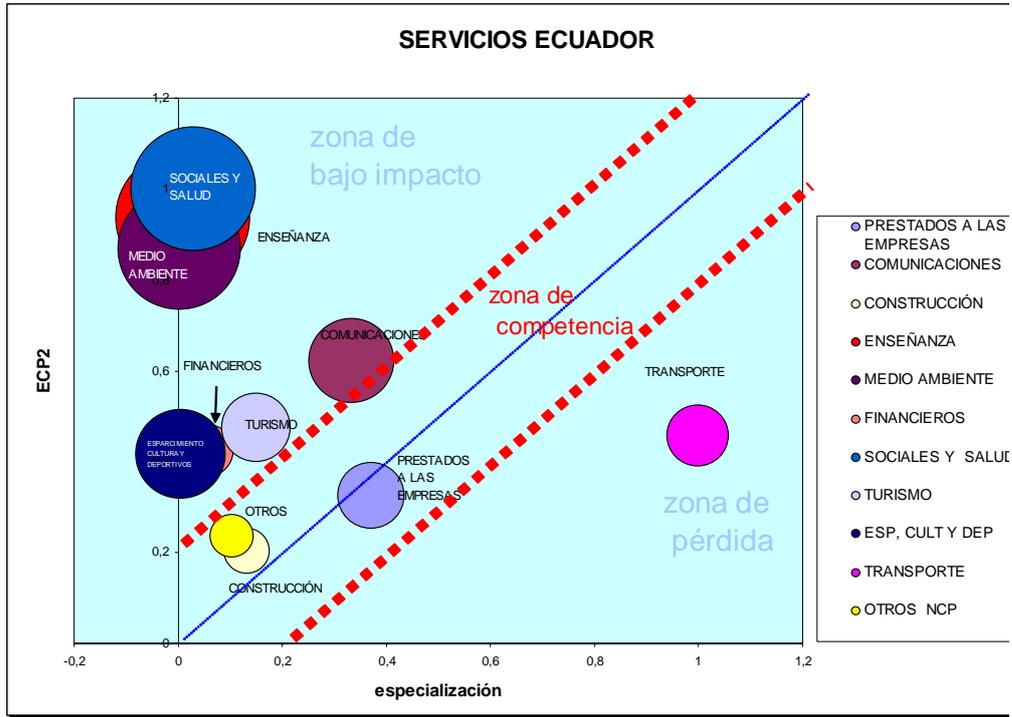


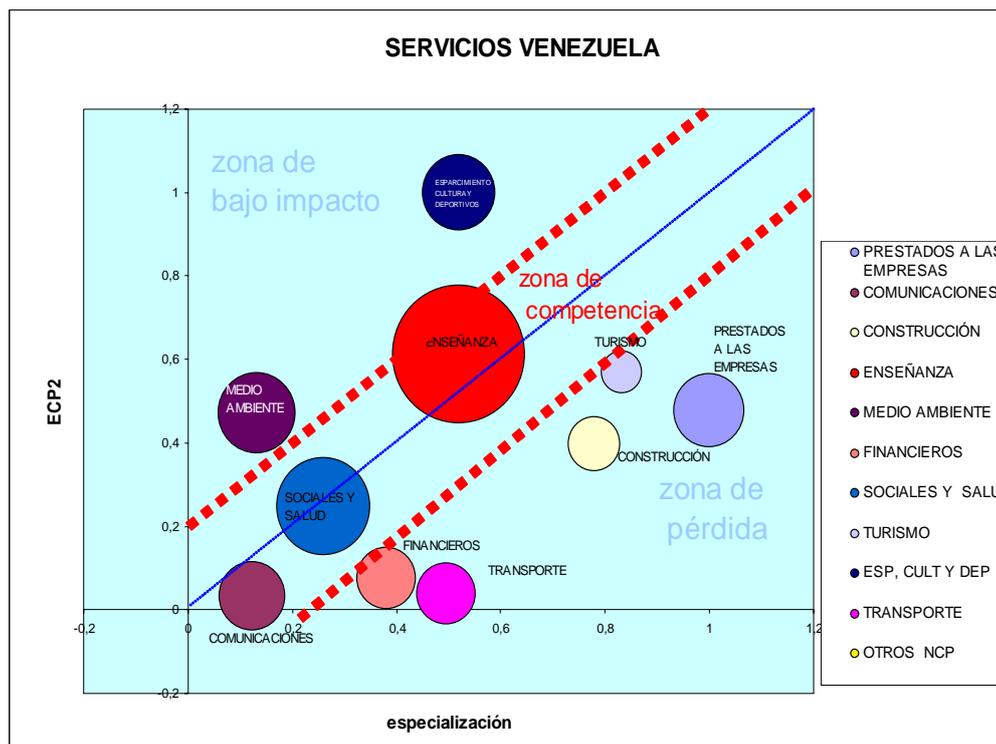
Venezuela presenta algunas diferencias respecto a los demás países de la CAN. La mayoría de sus subsectores se encuentran en la zona de pérdida incluyendo a *turismo* y *financieros*.¹⁵ Esto implica una mayor cautela en la liberalización de los servicios ya que este análisis presenta altos riesgos en un contexto de apertura de los mercados.

Estos hallazgos, como se aprecia seguidamente, son ratificados al construirse los gráficos correspondientes a la Batería No. 2 que, a diferencia de la primera, evalúa la ECP solamente sobre la base de los consumos intermedios sin incluir las remuneraciones.



¹⁵ Para Venezuela no existe información disponible para el subsector de «otros» servicios.





5.3 MÓDULO 3: ANÁLISIS DE INTEGRACIÓN SECTORIAL

A continuación se presentan cuatro series de matrices que conforman el análisis de integración sectorial. La primera serie corresponde a las matrices de utilización estandarizadas para los cinco países en que se abren los subsectores de servicios y se compactan los otros sectores de la economía.

De estas matrices se obtuvieron los pesos que representa cada consumo intermedio que requiere cada rama respecto a cada producto de la economía. Estas matrices de la segunda serie denominadas de **encadenamiento hacia atrás** determinan la vinculación que tienen los sectores productivos respecto a sus insumos y por tanto es posible establecer la intensidad de los encadenamientos hacia atrás de las producciones de servicios, es decir la dependencia de los servicios frente a los insumos que necesitan para su prestación.

Seguidamente se construyeron para la tercera serie las matrices con los pesos que representa cada producción de la economía como insumo de los demás sectores. Estas matrices denominadas de **encadenamiento hacia delante** establecen la intensidad de los encadenamientos productivos en que los servicios participan como insumos de otras producciones.

Por último, se calcularon en la cuarta serie las matrices de los productos de los encadenamientos hacia atrás y delante con lo que se determina en un solo análisis un coeficiente de intensidad de vinculación de los sectores productivos desde la perspectiva de la dependencia frente a sus insumos y de su importancia como insumos de otras producciones.

MATRICES DE UTILIZACIÓN

Matriz de utilización de productos 2000 Bolivia
miles de bolivianos

Productos	Ramas															
	Agricultura, cría de animales, caza y pesca	Perúleo, gas natural y minerales	Electricidad, gas y agua	Agrindustriales	Industriales	Servicios prestados a las empresas	Servicios de comunicaciones	Servicios de distribución	Servicios de enseñanza	Servicios relacionados con el medio ambiente	Servicios financieros	Servicios sociales y de salud	Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes	Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos	Otros servicios ncp	
Agricultura, cría de animales, caza y pesca	2.618.423	0	0	1.328.625	174.658	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Perúleo, gas natural y minerales	425	1.827.033	106.370	73.031	0	0	38.511	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Electricidad, gas y agua	6.588	122.671	19.934	4.422	1.502	8.053	1.895	4.999	18.767	7.237	19.640	33.538	143.489	33.538	0	0
Agrindustriales	78.764	0	0	1.919.922	133.050	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Industriales	796.720	338.388	97.877	3.915.924	29.763	540.987	71.919	12.756	28.603	99.700	106.117	36.978	391.441	36.978	805	13.903
Servicios prestados a las empresas	138.020	59.230	14.422	29.763	29.763	540.987	71.919	12.756	28.603	99.700	106.117	36.978	391.441	36.978	805	13.903
Servicios de comunicaciones	2.748	38.819	57.828	52.981	52.981	540.987	71.919	12.756	28.603	99.700	106.117	36.978	391.441	36.978	805	13.903
Servicios de distribución	0	0	0	19.303	29.651	30.258	1.654	12.964	9.683	30.866	13.859	19.529	10.271	19.529	4.652	17.680
Servicios de enseñanza	0	0	0	0	0	0	0	0	0	88	469	329	126	43	0	0
Servicios relacionados con el medio ambiente	1.654	430	1.087	4.256	9.518	2.288	386	273	223	572	4.749	2.484	1.163	2.484	8.266	1.117
Servicios financieros	13.032	34.563	22.367	142.728	38.210	57.602	136.765	14.104	32.182	58.814	12.055	71.962	11.999	11.999	4.365	30.459
Servicios sociales y de salud	34.489	17.395	17.395	99.892	74.248	42.832	7.32	10.873	18.150	10.708	223.636	7.726	6.377	7.726	7.726	34.472
Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes	2.960	1.432	1.432	3.624	14.186	1.287	3.1725	7.44	552	1.906	15.829	8.279	3.878	8.279	27.554	3.724
Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos	3.859	2.907	2.907	10.160	10.160	16.728	1.682	16.728	5.093	465	11.048	29	2.714	5.795	19.288	2.606
Otros servicios ncp	525.148	514.068	152.907	1.124.257	1.208.417	60.038	9.015	59.189	1.004.020	3.883	15.009	37.565	55.133	37.565	67.886	66.408

Matriz de utilización de productos 2001 Colombia
millones de pesos

Productos	Ramas															
	Agricultura, cría de animales, caza y pesca	Perúleo, gas natural y minerales	Electricidad, gas y agua	Agrindustriales	Industriales	Servicios prestados a las empresas	Servicios de comunicaciones	Servicios de distribución	Servicios de enseñanza	Servicios relacionados con el medio ambiente	Servicios financieros	Servicios sociales y de salud	Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes	Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos	Otros servicios ncp	
Agricultura, cría de animales, caza y pesca	1.780.537	0	0	12.106.655	569.283	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Perúleo, gas natural y minerales	86.480	173.428	804.518	0	2.895.147	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Electricidad, gas y agua	2.369.682	178.594	4.243.333	834.487	2.820.302	367.979	345.353	54.400	456.338	125.834	11.827	132.091	111.236	385.358	161.418	139.893
Agrindustriales	2.642.715	1.179.900	912.705	3.163.358	20.842.239	2.050.341	593.729	5.439.573	1.119.931	138.325	54.597	321.669	205.118	407.750	126.357	5.422.261
Servicios prestados a las empresas	106.438	861.881	364.957	1.484.770	686.884	382.258	339.326	698.930	102.220	17.293	863.360	111.387	112.387	87.744	1.352.346	644.843
Servicios de comunicaciones	18.006	28.363	154.957	464.666	549.365	80.241	5.633	310.644	14.041	130.997	36.388	251.937	66.889	67.231	247.389	621.231
Servicios de distribución	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Servicios de enseñanza	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Servicios relacionados con el medio ambiente	21.098	172.975	2.922	11.151	18.138	1.514	5.433	72.042	1.452	3.450	8.462	17.302	22.412	1.111	8.850	271.959
Servicios financieros	217.309	109.153	167.231	173.610	474.550	131.632	141.126	122.952	616.652	34.081	6.286	1.022.579	40.448	62.511	27.653	214.737
Servicios sociales y de salud	57.288	178	8.892	51.615	155.833	35.851	63.816	6.565	5.014	0	249.320	0	249.320	0	2.674.051	60.252
Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes	352	10.653	136.797	239.574	2.395.74	2.654	283.862	1.406	43.865	141.135	2.293	2.561	87.317	59.667	38.241	0
Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos	117.599	98.929	74.312	261.238	590.471	87.147	483.349	69.015	2.765.407	17.448	9.376	420.842	24.892	102.338	74.622	2.006.041
Otros servicios ncp	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

Matriz de utilización de productos 2001 Ecuador
miles de dólares

Productos	Ramas															
	Agricultura, cría de animales, caza y pesca	Perúleo, gas natural y minerales	Electricidad, gas y agua	Agrindustriales	Industriales	Servicios prestados a las empresas	Servicios de comunicaciones	Servicios de distribución	Servicios de enseñanza	Servicios relacionados con el medio ambiente	Servicios financieros	Servicios sociales y de salud	Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes	Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos	Otros servicios ncp	
Agricultura, cría de animales, caza y pesca	682.351	0	0	1.475.748	272.527	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Perúleo, gas natural y minerales	7.911	2.487	0	0	59.208	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Electricidad, gas y agua	10.197	7.911	312.870	59.208	1.184.190	13.254	15.530	76.972	14.550	489	16.807	8.630	10.390	4.030	2.946	9.860
Agrindustriales	217.986	85	0	578.263	13.159	0	197	0	1.500	0	2.894	2.807	241.090	4.030	0	21.702
Industriales	504.314	349.447	209.914	349.447	2.737.143	15.538	39.900	203.888	35.766	4.542	35.022	51.695	28.860	4.542	186.536	0
Servicios prestados a las empresas	88.203	157.467	23.998	97.682	108.401	64.293	52.819	149.862	16.248	72	211.297	19.150	28.860	4.542	15.987	0
Servicios de comunicaciones	16.161	2.260	2.869	22.515	50.470	5.034	61.550	372	27.883	6.034	43.395	4.039	3.458	4.76	4.331	0
Servicios de distribución	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Servicios de enseñanza	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Servicios relacionados con el medio ambiente	1.727	158	59	420	1.636	69	1.921	146	21	4	1.418	158	170	4	1.721	0
Servicios financieros	6.742	459	306	2.169	7.189	358	1.499	10.036	106	16	7.095	462	890	16	8.981	4.181
Servicios sociales y de salud	127	659	4.784	3.937	80.514	620	1.499	4.456	67	75.532	4.305	4.305	4.305	67	2.213	9.092
Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes	2.641	3.305	1.351	4.101	11.428	6.352	4.015	42.031	4.678	49	30.360	3.624	60	49	10.862	4.346
Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos	216.524	28.150	3.516	2.189	7.928	2.853	10.896	1.139.316	17.373	50	10.636	7.86	6.890	16	4.961	16.901
Otros servicios ncp	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

Fuente: Banco Central del Ecuador

Matriz de utilización de productos 1994 Perú
nuevos soles

Productos	Ramas	Agricultura, cría de animales, caza y pesca	Petróleo, gas natural y minerales	Electricidad, gas y agua	Agrindustriales	Industriales	Servicios prestados a las empresas	Servicios de comunicaciónes	Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos	Servicios de distribución	Servicios de enseñanza	Servicios relacionados con el medio ambiente	Servicios financieros	Servicios sociales y de salud	Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes	Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos	Servicios de transporte	Otros servicios ncp
Agricultura, cría de animales, caza y pesca		1.364.059,579	10.268,964	7.500	5.180.307,311	514.689,877	373,961	0	13.326,108	835,322	0	227,217	294,614	1.483,827	190.235,496	227,217	0	174.788,714
Petróleo, gas natural y minerales		2.567,717	22.074,170	346,290	6.717,485	3.822.699,742	5.125,929	20,854	281.466,838	381,224	0	0	0	522,088	43,483	0	83,418	275.735
Electricidad, gas y agua		3.625,579	134.527,643	33.539,465	105.316,667	486.461,799	82.321,466	8.568,560	10.222,905	156.025,917	44,517,953	3.759,587	27.953,486	2.900,083	59.936,903	3.759,587	34.234,239	106.127,712
Agrindustriales		224.695,037	24.662,517	49,686	1.665.330,984	259.227,958	49,648	2.781	1.113,008	23.970,616	0	5.734,292	3.594,841	4.951,708	1.887.975,078	5.734,292	11,122	370.114,868
Industriales		1.050.667,395	774.412,713	287.186,676	1.243.320,778	10.518.788,126	891.903,568	429.192,090	3.723.592,093	507.757,590	501.763,796	69.994,297	202.557,989	377.930,093	225.182,290	69.994,297	1.716.766,362	1.659.898,638
Servicios prestados a las empresas		395.306,333	515.663,364	111.689,697	535.133,974	1.434.000,350	2.483.037,334	441.573,027	605.123,749	1.309.651,961	372.140,608	115.286,273	289.244,613	405.153,061	309.431,544	115.286,273	1.766.292,110	1.006.898,714
Servicios de comunicaciones		26.858,696	82.869,134	11.693,166	141.379,935	283.424,570	61.366,248	39.661,015	79.599,112	551.466,743	19.537,516	6.316,012	26.416,314	8.256,052	26.062,952	6.316,012	158.644,062	116.327,329
Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos		0	33.360,975	62.594,308	3.617,464	36.124,980	45.383,550	8.619,037	18.861,610	6.781,015	1.379,689	99,269	21.074,135	5.395,866	1.869,364	99,269	34.476,147	148.324,341
Servicios de distribución		0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Servicios de enseñanza		23.564	3.150,433	2.095,603	3.305,347	44.096,837	118.091,365	505,201	19.782,793	6.579,260	34.246,664	7.712,087	9.363,256	1.418,059	1.442,379	7.712,087	2.020,803	36.319,070
Servicios relacionados con el medio ambiente		9.470	1.585,734	75,144	264,313	6.976,220	8.715,241	329,233	0	7.317,307	12.737,746	5.550,973	14.660,660	6.560,762	3.387,294	5.550,973	1.316,933	27.745,803
Servicios financieros		73.939,419	66.707,008	44.773,641	177.512,182	376.561,365	108.187,413	40.537,454	49.148,115	368.218,189	10.427,115	29.773,394	228.842,674	13.805,161	16.163,178	29.773,394	162.149,817	444.640,890
Servicios sociales y de salud		0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	5.256,987	0	0	0	0
Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes		5.693,176	33.324,472	14.728,561	20.274,323	69.798,069	83.371,961	42.637,548	42.576,594	40.349,196	502,387	13.762,820	51.300,401	4.469,341	4.239,651	13.762,820	170.550,192	242.128,882
Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos		9.470	1.585,734	75,144	264,313	6.976,220	8.715,241	329,233	0	7.317,307	12.737,746	5.550,973	14.660,660	6.560,762	3.387,294	5.550,973	1.316,933	27.745,803
Servicios de transporte		107.434,785	331.476,536	46.772,665	565.519,741	1.063.698,282	245.472,990	158.644,448	318.396,448	2.205.626,974	78.150,063	25.272,049	105.665,257	33.024,207	104.251,809	25.272,049	634.576,246	465.309,316
Otros servicios ncp		28,411	4.757,202	225,433	792,938	20.928,660	26.145,722	987,700	0	21.951,921	38.213,237	16.652,919	43.981,979	19.682,287	10.161,881	16.652,919	3.950,800	83.237,408

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú

Matriz de utilización de productos 1998 Venezuela (estimación)
millones de bolívares

Productos	Ramas	Agricultura, cría de animales, caza y pesca	Petróleo, gas natural y minerales	Electricidad, gas y agua	Agrindustriales	Industriales	Servicios prestados a las empresas	Servicios de comunicaciónes	Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos	Servicios de distribución	Servicios de enseñanza	Servicios relacionados con el medio ambiente	Servicios financieros	Servicios sociales y de salud	Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes	Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos	Servicios de transporte	Otros servicios ncp
Agricultura, cría de animales, caza y pesca		1.780,537	0	0	12.106,655	569,283	0	0	8.779	54,758	1.633	3.755	0	13,201	621,153	95,426	0	508,110
Petróleo, gas natural y minerales		0	173,428	804,618	0	2.895,147	0	0	303,458	0	0	0	0	15	5,795	0	7,565	42,194
Electricidad, gas y agua		86,480	178,564	4.243,333	634,487	2.820,302	367,979	345,553	54,400	466,339	125,834	11,827	132,091	111,236	385,358	161,418	139,893	474,181
Agrindustriales		2.369,692	543	893	3.767,638	492,963	575	602	773	1.208	9,239	51,780	51,780	42,828	2.242,249	151	965	976,427
Industriales		2.642,715	1.179,900	912,705	3.163,368	20.842,239	2.050,341	593,729	5.439,573	1.119,931	136,325	54,597	321,689	205,118	407,760	126,357	5.422,261	4.673,164
Servicios prestados a las empresas		105,438	861,861	364,957	481,770	1.722,415	686,694	362,258	339,326	688,830	102,220	17,293	863,360	111,118	112,387	87,744	1.352,346	644,843
Servicios de comunicaciones		18,006	28,863	154,057	124,666	549,365	310,644	80,241	5,633	1.484,263	14,041	130,997	819,543	38,368	251,937	66,889	247,388	621,231
Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos		0	225,115	272,846	17,366	27,459	149,737	6,101	461,812	70,805	1,887	0	0	0	3,696	1,612	369,416	712,996
Servicios de distribución		0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Servicios de enseñanza		0	3,888	2,252	11,170	18,708	3,244	1,514	5,443	72,041	1,452	0	8,462	17,332	2,412	1,171	6,650	271,509
Servicios relacionados con el medio ambiente		21,088	172,972	72,991	96,354	344,483	137,337	72,452	67,895	139,766	20,444	3,459	172,672	22,224	22,477	17,549	270,469	128,969
Servicios financieros		217,390	109,153	187,231	173,610	474,550	131,593	141,126	122,952	616,552	34,081	6,286	1,022,579	40,448	62,511	27,653	214,737	600,254
Servicios sociales y de salud		57,296	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	249,320	0	0	0	2,674,051
Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes		176	7,213	8,882	51,615	155,833	35,851	63,816	11,065	225,728	6,565	5,014	31,844	14,888	15,544	64,913	54,724	383,917
Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos		352	10,653	136,797	239,574	2,654	2,654	9,637	175	283,862	1,406	43,865	141,135	2,253	5,561	87,317	59,687	38,241
Servicios de transporte		117,599	98,929	74,312	261,238	590,471	87,147	483,349	69,016	2.765,407	17,448	9,376	420,842	24,882	102,338	74,622	2.006,041	610,467
Otros servicios ncp		0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

Fuente: Banco Central de la República Bolivariana de Venezuela

MATRICES DE ENCADENAMIENTO HACIA ATRÁS

Matriz de encadenamiento hacia atrás Bolivia

Productos	Ramras	Matriz de encadenamiento hacia atrás Bolivia																	
		Agricultura, cría de animales, caza y pesca	Peróleo, gas natural y minerales	Electricidad, gas y agua	Agrindustriales	Industriales	Servicios prestados a las empresas	Servicios de comunicaciones	Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos	Servicios de distribución	Servicios de enseñanza	Servicios relacionados con el medio ambiente	Servicios financieros	Servicios sociales y de salud	Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes	Servicios de esparcimiento o culturales y deportivos	Servicios de transporte	Otros servicios ncp	
Agricultura, cría de animales, caza y pesca	0.64	0.00	0.00	0.00	0.21	0.02	0.00	0.00	0.01	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.10	0.23	0.00	0.00	0.07
Peróleo, gas natural y minerales	0.00	0.04	0.14	0.00	0.01	0.24	0.00	0.00	0.05	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Electricidad, gas y agua	0.00	0.02	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01
Industriales	0.16	0.03	0.03	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01
Servicios prestados a las empresas	0.00	0.10	0.12	0.10	0.09	0.70	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios de comunicaciones	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios de distribución	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios relacionados con el medio ambiente	0.00	0.03	0.03	0.02	0.02	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01
Servicios financieros	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios sociales y de salud	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios de transporte	0.13	0.39	0.20	0.18	0.16	0.10	0.01	0.08	0.78	0.01	0.11	0.11	0.07	0.12	0.09	0.12	0.07	0.07	0.13
Otros servicios ncp	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00

Fuente: Instituto Nacional de Estadística de Bolivia

Matriz de encadenamiento hacia atrás Colombia

Productos	Ramras	Matriz de encadenamiento hacia atrás Colombia																	
		Agricultura, cría de animales, caza y pesca	Peróleo, gas natural y minerales	Electricidad, gas y agua	Agrindustriales	Industriales	Servicios prestados a las empresas	Servicios de comunicaciones	Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos	Servicios de distribución	Servicios de enseñanza	Servicios relacionados con el medio ambiente	Servicios financieros	Servicios sociales y de salud	Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes	Servicios de esparcimiento o culturales y deportivos	Servicios de transporte	Otros servicios ncp	
Agricultura, cría de animales, caza y pesca	0.24	0.00	0.00	0.00	0.57	0.02	0.00	0.00	0.00	0.01	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.04
Peróleo, gas natural y minerales	0.00	0.06	0.11	0.00	0.00	0.09	0.00	0.00	0.04	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Electricidad, gas y agua	0.01	0.06	0.00	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01
Agrindustriales	0.32	0.00	0.00	0.00	0.18	0.02	0.00	0.00	0.00	0.06	0.27	0.03	0.03	0.03	0.12	0.09	0.20	0.01	0.04
Industriales	0.36	0.39	0.13	0.15	0.79	0.66	0.18	0.22	0.79	0.44	0.29	0.15	0.08	0.05	0.00	0.53	0.00	0.00	0.07
Servicios prestados a las empresas	0.01	0.17	0.05	0.02	0.05	0.05	0.12	0.05	0.05	0.09	0.22	0.05	0.05	0.22	0.10	0.16	0.18	0.35	0.35
Servicios de comunicaciones	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios de distribución	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios relacionados con los viajes	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios de transporte	0.03	0.04	0.03	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01
Otros servicios ncp	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00

Fuente: DANE

Matriz de encadenamiento hacia atrás Ecuador

Productos	Ramras	Matriz de encadenamiento hacia atrás Ecuador																	
		Agricultura, cría de animales, caza y pesca	Peróleo, gas natural y minerales	Electricidad, gas y agua	Agrindustriales	Industriales	Servicios prestados a las empresas	Servicios de comunicaciones	Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos	Servicios de distribución	Servicios de enseñanza	Servicios relacionados con el medio ambiente	Servicios financieros	Servicios sociales y de salud	Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes	Servicios de esparcimiento o culturales y deportivos	Servicios de transporte	Otros servicios ncp	
Agricultura, cría de animales, caza y pesca	0.38	0.01	0.00	0.00	0.65	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Peróleo, gas natural y minerales	0.00	0.01	0.00	0.00	0.00	0.25	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Electricidad, gas y agua	0.01	0.00	0.55	0.02	0.03	0.05	0.05	0.07	0.00	0.04	0.14	0.05	0.04	0.08	0.03	0.05	0.00	0.00	0.03
Agrindustriales	0.13	0.00	0.00	0.22	0.00	0.00	0.00	0.42	0.00	0.00	0.14	0.02	0.01	0.03	0.03	0.05	0.00	0.00	0.00
Industriales	0.29	0.26	0.37	0.13	0.58	0.05	0.19	0.82	0.17	0.35	0.48	0.08	0.09	0.48	0.08	0.42	0.00	0.00	0.07
Servicios prestados a las empresas	0.05	0.55	0.04	0.04	0.02	0.40	0.51	0.51	0.04	0.08	0.16	0.01	0.46	0.18	0.01	0.67	0.87	0.12	0.05
Servicios de comunicaciones	0.01	0.00	0.01	0.01	0.01	0.02	0.00	0.30	0.00	0.04	0.02	0.09	0.09	0.04	0.01	0.00	0.00	0.00	0.01
Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios de distribución	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios relacionados con los viajes	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios de transporte	0.13	0.05	0.03	0.01	0.01	0.02	0.01	0.29	0.01	0.04	0.03	0.14	0.02	0.09	0.02	0.09	0.11	0.01	0.01
Otros servicios ncp	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00

Fuente: Banco Central del Ecuador

Matriz de encadenamiento hacia atrás Perú																			
Productos	Ramas	Agricultura, cría de animales, caza y pesca	Petróleo, gas natural y minerales	Electricidad, gas y agua	Agrindustriales	Industriales	Servicios prestados a las empresas	Servicios de comunicaciones	Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos	Servicios de distribución	Servicios de enseñanza	Servicios relacionados con el medio ambiente	Servicios financieros	Servicios sociales y de salud	Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes	Servicios de esparcimiento o culturales y deportivos	Servicios de transporte	Otros servicios ncp	
Agricultura, cría de animales, caza y pesca		0.42	0.01	0.00	0.54	0.03	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.07	0.00	0.00	0.04
Petróleo, gas natural y minerales		0.00	0.01	0.00	0.00	0.20	0.00	0.00	0.05	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Electricidad, gas y agua		0.00	0.07	0.05	0.01	0.03	0.02	0.01	0.00	0.03	0.04	0.01	0.03	0.02	0.02	0.02	0.01	0.01	0.02
Agrindustriales		0.07	0.01	0.00	0.17	0.01	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.02	0.00	0.01	0.01	0.66	0.02	0.00	0.08
Industriales		0.32	0.38	0.47	0.13	0.56	0.21	0.37	0.72	0.10	0.45	0.23	0.19	0.41	0.08	0.23	0.37	0.00	0.34
Servicios prestados a las empresas		0.12	0.25	0.18	0.06	0.08	0.60	0.38	0.12	0.25	0.33	0.38	0.28	0.44	0.11	0.38	0.38	0.21	0.21
Servicios de comunicaciones		0.01	0.04	0.02	0.01	0.01	0.01	0.03	0.02	0.11	0.02	0.02	0.03	0.01	0.01	0.02	0.03	0.02	0.02
Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos		0.00	0.02	0.10	0.00	0.00	0.01	0.01	0.00	0.00	0.00	0.00	0.02	0.01	0.00	0.00	0.01	0.03	0.03
Servicios de distribución		0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios de enseñanza		0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.03	0.00	0.00	0.00	0.03	0.03	0.01	0.00	0.00	0.03	0.00	0.00	0.01
Servicios relacionados con el medio ambiente		0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.01	0.02	0.01	0.01	0.01	0.02	0.02	0.00	0.01
Servicios financieros		0.02	0.03	0.07	0.02	0.02	0.03	0.03	0.01	0.07	0.01	0.10	0.22	0.02	0.02	0.01	0.10	0.03	0.09
Servicios sociales y de salud		0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes		0.00	0.02	0.02	0.00	0.00	0.02	0.04	0.01	0.01	0.00	0.05	0.05	0.00	0.00	0.05	0.04	0.00	0.05
Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos		0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.01	0.02	0.01	0.01	0.00	0.02	0.00	0.00	0.01
Servicios de transporte		0.03	0.16	0.08	0.06	0.06	0.06	0.14	0.06	0.42	0.07	0.08	0.10	0.04	0.04	0.04	0.08	0.14	0.09
Otros servicios ncp		0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.01	0.00	0.00	0.00	0.03	0.05	0.04	0.02	0.02	0.00	0.05	0.00	0.02

Matriz de encadenamiento hacia atrás Venezuela (estimación)																			
Productos	Ramas	Agricultura, cría de animales, caza y pesca	Petróleo, gas natural y minerales	Electricidad, gas y agua	Agrindustriales	Industriales	Servicios prestados a las empresas	Servicios de comunicaciones	Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos	Servicios de distribución	Servicios de enseñanza	Servicios relacionados con el medio ambiente	Servicios financieros	Servicios sociales y de salud	Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes	Servicios de esparcimiento o culturales y deportivos	Servicios de transporte	Otros servicios ncp	
Agricultura, cría de animales, caza y pesca		0.24	0.00	0.00	0.57	0.02	0.00	0.00	0.00	0.01	0.00	0.01	0.00	0.01	0.15	0.12	0.00	0.00	0.04
Petróleo, gas natural y minerales		0.00	0.06	0.11	0.00	0.09	0.00	0.00	0.04	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Electricidad, gas y agua		0.01	0.06	0.60	0.04	0.09	0.09	0.16	0.01	0.08	0.27	0.03	0.03	0.12	0.08	0.20	0.01	0.01	0.04
Agrindustriales		0.32	0.00	0.00	0.18	0.02	0.00	0.00	0.00	0.00	0.02	0.15	0.00	0.00	0.05	0.53	0.00	0.00	0.07
Industriales		0.36	0.39	0.13	0.15	0.66	0.52	0.27	0.79	0.14	0.29	0.16	0.08	0.23	0.10	0.16	0.53	0.00	0.35
Servicios prestados a las empresas		0.01	0.28	0.05	0.02	0.05	0.17	0.17	0.05	0.09	0.22	0.05	0.22	0.11	0.03	0.11	0.13	0.05	0.05
Servicios de comunicaciones		0.00	0.01	0.02	0.01	0.02	0.08	0.04	0.00	0.19	0.03	0.36	0.21	0.04	0.06	0.08	0.02	0.02	0.05
Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos		0.00	0.07	0.04	0.00	0.00	0.04	0.00	0.07	0.01	0.00	0.00	0.00	0.01	0.00	0.00	0.00	0.00	0.05
Servicios de distribución		0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios de enseñanza		0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.01	0.00	0.00	0.00	0.00	0.02	0.00	0.00	0.00	0.02
Servicios relacionados con el medio ambiente		0.00	0.06	0.01	0.00	0.01	0.03	0.03	0.01	0.02	0.04	0.01	0.04	0.02	0.04	0.01	0.02	0.03	0.01
Servicios financieros		0.03	0.04	0.03	0.01	0.01	0.03	0.07	0.02	0.08	0.07	0.02	0.26	0.04	0.01	0.03	0.02	0.04	0.04
Servicios sociales y de salud		0.01	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.20
Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes		0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.01	0.03	0.00	0.03	0.01	0.01	0.01	0.02	0.00	0.08	0.01	0.01	0.03
Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos		0.00	0.00	0.00	0.01	0.01	0.00	0.00	0.00	0.04	0.00	0.13	0.04	0.00	0.00	0.11	0.01	0.00	0.00
Servicios de transporte		0.02	0.03	0.01	0.01	0.02	0.02	0.22	0.01	0.35	0.04	0.03	0.11	0.03	0.02	0.09	0.09	0.20	0.05
Otros servicios ncp		0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú

MATRICES DE ENCADENAMIENTO HACIA DELANTE

Matriz de encadenamiento hacia adelante Bolivia

Productos	Ramas	Agricultura, caza y pesca	Petróleo, gas natural y minerales	Electricidad, gas y agua	Agrindustriales	Industriales	Servicios prestados a las empresas	Servicios de comunicaciones	Servicios de construcción y servicios de ingeniería	Servicios de distribución	Servicios de enseñanza	Servicios relacionados con el medio ambiente	Servicios financieros	Servicios sociales y de salud	Servicios de turismo y relaciones con los visitantes	Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos	Servicios de transporte	Otros servicios ncp
Agricultura, cría de animales, caza y pesca		0.60	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Petróleo, gas natural y minerales		0.00	0.00	0.03	0.30	0.84	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Electricidad, gas y agua		0.04	0.09	0.02	0.05	0.36	0.06	0.01	0.00	0.02	0.01	0.01	0.02	0.06	0.02	0.06	0.00	0.00
Agrindustriales		0.03	0.00	0.00	0.79	0.01	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.14	0.02	0.00	0.00
Industriales		0.02	0.06	0.03	0.11	0.45	0.01	0.00	0.00	0.05	0.01	0.01	0.00	0.01	0.00	0.00	0.10	0.02
Servicios prestados a las empresas		0.01	0.02	0.05	0.08	0.29	0.09	0.02	0.02	0.05	0.02	0.02	0.10	0.02	0.00	0.02	0.01	0.04
Servicios de comunicaciones		0.00	0.01	0.02	0.08	0.12	0.14	0.02	0.12	0.06	0.05	0.04	0.04	0.13	0.06	0.04	0.05	0.03
Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos		0.00	0.01	0.12	0.08	0.79	0.09	0.09	0.00	0.07	0.00	0.01	0.04	0.24	0.01	0.01	0.05	0.01
Servicios de enseñanza		0.04	0.01	0.03	0.10	0.23	0.06	0.00	0.00	0.01	0.01	0.01	0.12	0.06	0.06	0.03	0.20	0.03
Servicios relacionados con el medio ambiente		0.02	0.05	0.03	0.21	0.09	0.05	0.00	0.02	0.02	0.00	0.08	0.10	0.02	0.00	0.02	0.01	0.04
Servicios financieros		0.06	0.01	0.03	0.17	0.12	0.07	0.00	0.02	0.00	0.01	0.01	0.37	0.01	0.01	0.01	0.20	0.06
Servicios sociales y de salud		0.04	0.04	0.00	0.03	0.10	0.06	0.01	0.01	0.00	0.00	0.03	0.12	0.06	0.03	0.06	0.20	0.03
Servicios de turismo y servicios relacionados con los visitantes		0.04	0.04	0.00	0.13	0.14	0.02	0.01	0.01	0.07	0.03	0.01	0.09	0.00	0.00	0.00	0.05	0.10
Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos		0.14	0.00	0.00	0.03	0.06	0.22	0.04	0.01	0.00	0.00	0.01	0.01	0.01	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios de transporte		0.11	0.10	0.03	0.23	0.24	0.01	0.00	0.01	0.20	0.00	0.00	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01	0.01
Otros servicios ncp																		

Fuente: Instituto Nacional de Estadística de Bolivia

Matriz de encadenamiento hacia adelante Colombia

Productos	Ramas	Agricultura, caza y pesca	Petróleo, gas natural y minerales	Electricidad, gas y agua	Agrindustriales	Industriales	Servicios prestados a las empresas	Servicios de comunicaciones	Servicios de construcción y servicios de ingeniería	Servicios de distribución	Servicios de enseñanza	Servicios relacionados con el medio ambiente	Servicios financieros	Servicios sociales y de salud	Servicios de turismo y relaciones con los visitantes	Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos	Servicios de transporte	Otros servicios ncp
Agricultura, cría de animales, caza y pesca		0.11	0.00	0.00	0.00	0.04	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.03
Petróleo, gas natural y minerales		0.00	0.04	0.19	0.00	0.68	0.00	0.00	0.07	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.01
Electricidad, gas y agua		0.01	0.02	0.39	0.08	0.26	0.03	0.00	0.00	0.04	0.01	0.01	0.01	0.01	0.04	0.01	0.01	0.04
Agrindustriales		0.24	0.00	0.00	0.38	0.05	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.23	0.00	0.00	0.10
Industriales		0.05	0.02	0.08	0.42	0.06	0.01	0.11	0.11	0.02	0.04	0.01	0.00	0.01	0.00	0.01	0.00	0.09
Servicios prestados a las empresas		0.01	0.10	0.04	0.05	0.19	0.08	0.04	0.04	0.08	0.01	0.00	0.10	0.01	0.01	0.01	0.15	0.07
Servicios de comunicaciones		0.00	0.01	0.01	0.03	0.05	0.01	0.01	0.01	0.01	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.01
Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos		0.00	0.00	0.12	0.01	0.01	0.06	0.00	0.20	0.03	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.15	0.01
Servicios de enseñanza		0.00	0.01	0.01	0.03	0.04	0.01	0.00	0.00	0.01	0.00	0.00	0.02	0.00	0.04	0.00	0.02	0.64
Servicios relacionados con el medio ambiente		0.01	0.10	0.04	0.05	0.19	0.08	0.04	0.04	0.08	0.01	0.00	0.10	0.01	0.01	0.01	0.15	0.07
Servicios financieros		0.05	0.03	0.04	0.04	0.11	0.03	0.00	0.00	0.15	0.01	0.01	0.24	0.01	0.01	0.01	0.05	0.14
Servicios sociales y de salud		0.02	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.90
Servicios de turismo y servicios relacionados con los visitantes		0.00	0.00	0.01	0.01	0.14	0.03	0.04	0.01	0.29	0.01	0.00	0.00	0.00	0.01	0.01	0.05	0.34
Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos		0.00	0.00	0.01	0.00	0.21	0.01	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios de transporte		0.02	0.01	0.01	0.03	0.08	0.01	0.06	0.01	0.35	0.00	0.00	0.05	0.00	0.01	0.01	0.26	0.08
Otros servicios ncp																		

Fuente: DANE

Matriz de encadenamiento hacia adelante Ecuador

Productos	Ramas	Agricultura, caza y pesca	Petróleo, gas natural y minerales	Electricidad, gas y agua	Agrindustriales	Industriales	Servicios prestados a las empresas	Servicios de comunicaciones	Servicios de construcción y servicios de ingeniería	Servicios de distribución	Servicios de enseñanza	Servicios relacionados con el medio ambiente	Servicios financieros	Servicios sociales y de salud	Servicios de turismo y relaciones con los visitantes	Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos	Servicios de transporte	Otros servicios ncp
Agricultura, cría de animales, caza y pesca		0.26	0.00	0.00	0.58	0.11	0.00	0.00	0.03	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Petróleo, gas natural y minerales		0.00	0.01	0.00	0.00	0.96	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Electricidad, gas y agua		0.01	0.00	0.45	0.07	0.21	0.02	0.00	0.00	0.11	0.02	0.00	0.02	0.00	0.02	0.00	0.00	0.01
Agrindustriales		0.20	0.00	0.00	0.53	0.01	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.22	0.00	0.00	0.02
Industriales		0.08	0.02	0.03	0.05	0.41	0.00	0.01	0.16	0.04	0.01	0.01	0.00	0.01	0.00	0.00	0.14	0.03
Servicios prestados a las empresas		0.05	0.23	0.02	0.02	0.07	0.09	0.02	0.04	0.10	0.01	0.00	0.14	0.01	0.00	0.00	0.01	0.03
Servicios de comunicaciones		0.03	0.00	0.00	0.03	0.05	0.44	0.03	0.01	0.03	0.01	0.00	0.07	0.00	0.00	0.00	0.01	0.07
Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos		0.00	0.02	0.01	0.05	0.21	0.01	0.00	0.02	0.24	0.00	0.00	0.18	0.02	0.02	0.00	0.22	0.00
Servicios de enseñanza		0.00	0.01	0.01	0.03	0.01	0.00	0.00	0.00	0.16	0.00	0.00	0.00	0.01	0.01	0.00	0.21	0.10
Servicios relacionados con el medio ambiente		0.03	0.00	0.02	0.02	0.38	0.00	0.00	0.00	0.03	0.02	0.00	0.36	0.02	0.02	0.00	0.01	0.04
Servicios financieros		0.00	0.01	0.03	0.02	0.03	0.00	0.01	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios sociales y de salud		0.02	0.03	0.01	0.03	0.08	0.05	0.05	0.00	0.32	0.04	0.00	0.23	0.03	0.00	0.00	0.08	0.03
Servicios de turismo y servicios relacionados con los visitantes		0.00	0.01	0.01	0.01	0.12	0.01	0.00	0.00	0.23	0.01	0.00	0.16	0.01	0.00	0.00	0.21	0.10
Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos		0.00	0.00	0.00	0.01	0.05	0.00	0.00	0.00	0.60	0.01	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.13	0.01
Servicios de transporte		0.12	0.01	0.01	0.01	0.05	0.00	0.01	0.03	0.00	0.01	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Otros servicios ncp																		

Fuente: Banco Central del Ecuador

Matriz de encadenamiento hacia adelante Perú

Productos	Ramas	Matriz de encadenamiento hacia adelante Perú																
		Agricultura, cría de animales, caza y pesca	Petróleo, gas natural y minerales	Electricidad, gas y agua	Agrindustriales	Industriales	Servicios prestados a las empresas	Servicios de comunicaciones	Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos	Servicios de distribución	Servicios de enseñanza	Servicios relacionados con el medio ambiente	Servicios financieros	Servicios sociales y de salud	Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes	Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos	Servicios de transporte	Otros servicios ncp
Agricultura, cría de animales, caza y pesca	0.18	0.00	0.00	0.70	0.07	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.03	0.00	0.00	0.02
Petróleo, gas natural y minerales	0.00	0.01	0.00	0.00	0.00	0.92	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Electricidad, gas y agua	0.00	0.10	0.03	0.08	0.37	0.06	0.01	0.12	0.03	0.00	0.00	0.00	0.02	0.02	0.05	0.00	0.00	0.08
Agrindustriales	0.05	0.01	0.00	0.37	0.00	0.00	0.00	0.01	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.42	0.00	0.00	0.08
Industriales	0.04	0.03	0.01	0.05	0.15	0.04	0.02	0.15	0.02	0.00	0.00	0.00	0.01	0.02	0.01	0.00	0.00	0.07
Servicios prestados a las empresas	0.03	0.04	0.01	0.04	0.12	0.20	0.04	0.05	0.11	0.03	0.01	0.00	0.03	0.01	0.03	0.01	0.14	0.08
Servicios de comunicaciones	0.02	0.05	0.01	0.09	0.16	0.04	0.02	0.05	0.34	0.01	0.00	0.00	0.02	0.01	0.02	0.00	0.10	0.07
Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos	0.00	0.08	0.15	0.01	0.08	0.11	0.02	0.04	0.02	0.00	0.00	0.00	0.05	0.01	0.00	0.00	0.08	0.35
Servicios de enseñanza	0.00	0.01	0.01	0.01	0.15	0.40	0.00	0.07	0.02	0.12	0.03	0.03	0.00	0.00	0.00	0.03	0.01	0.12
Servicios relacionados con el medio ambiente	0.00	0.02	0.00	0.00	0.07	0.08	0.00	0.00	0.07	0.12	0.05	0.14	0.06	0.03	0.03	0.05	0.01	0.27
Servicios financieros	0.03	0.03	0.02	0.08	0.17	0.05	0.02	0.02	0.16	0.00	0.01	0.10	0.01	0.01	0.01	0.01	0.07	0.20
Servicios sociales y de salud	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	1.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes	0.01	0.04	0.02	0.02	0.08	0.10	0.05	0.05	0.05	0.02	0.00	0.06	0.01	0.00	0.00	0.02	0.20	0.28
Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos	0.00	0.02	0.00	0.00	0.07	0.08	0.00	0.00	0.07	0.12	0.05	0.14	0.06	0.03	0.05	0.01	0.10	0.27
Servicios de transporte	0.02	0.05	0.01	0.09	0.16	0.04	0.02	0.05	0.34	0.04	0.01	0.00	0.02	0.01	0.00	0.00	0.10	0.07
Otros servicios ncp	0.00	0.02	0.00	0.00	0.07	0.08	0.00	0.00	0.07	0.12	0.05	0.14	0.06	0.03	0.05	0.01	0.01	0.27

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú

Matriz de encadenamiento hacia adelante Venezuela (estimación)

Productos	Ramas	Matriz de encadenamiento hacia adelante Venezuela (estimación)																
		Agricultura, cría de animales, caza y pesca	Petróleo, gas natural y minerales	Electricidad, gas y agua	Agrindustriales	Industriales	Servicios prestados a las empresas	Servicios de comunicaciones	Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos	Servicios de distribución	Servicios de enseñanza	Servicios relacionados con el medio ambiente	Servicios financieros	Servicios sociales y de salud	Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes	Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos	Servicios de transporte	Otros servicios ncp
Agricultura, cría de animales, caza y pesca	0.11	0.00	0.00	0.77	0.04	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.04	0.01	0.00	0.03
Petróleo, gas natural y minerales	0.00	0.04	0.19	0.00	0.00	0.68	0.00	0.07	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.01
Electricidad, gas y agua	0.01	0.02	0.39	0.08	0.29	0.03	0.03	0.00	0.04	0.01	0.00	0.01	0.01	0.01	0.04	0.01	0.01	0.04
Agrindustriales	0.24	0.00	0.00	0.38	0.05	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.01	0.00	0.00	0.23	0.00	0.00	0.10	
Industriales	0.05	0.02	0.02	0.06	0.42	0.04	0.01	0.11	0.02	0.00	0.00	0.01	0.00	0.01	0.00	0.00	0.10	
Servicios prestados a las empresas	0.01	0.10	0.04	0.05	0.19	0.08	0.04	0.04	0.08	0.01	0.00	0.10	0.01	0.01	0.01	0.01	0.15	
Servicios de comunicaciones	0.00	0.01	0.03	0.03	0.11	0.06	0.02	0.00	0.30	0.00	0.03	0.17	0.01	0.05	0.01	0.05	0.13	
Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos	0.00	0.10	0.12	0.01	0.01	0.06	0.00	0.20	0.03	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.16	0.31	
Servicios de enseñanza	0.00	0.01	0.01	0.03	0.04	0.01	0.00	0.01	0.17	0.00	0.00	0.02	0.04	0.01	0.00	0.02	0.64	
Servicios relacionados con el medio ambiente	0.01	0.10	0.04	0.05	0.19	0.08	0.04	0.04	0.08	0.01	0.00	0.10	0.01	0.01	0.01	0.15	0.07	
Servicios financieros	0.02	0.03	0.03	0.04	0.11	0.03	0.03	0.03	0.15	0.01	0.00	0.24	0.01	0.01	0.01	0.05	0.14	
Servicios sociales y de salud	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.08	0.00	0.00	0.00	0.90	
Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes	0.00	0.01	0.01	0.04	0.14	0.03	0.06	0.01	0.20	0.01	0.00	0.03	0.01	0.01	0.01	0.06	0.05	
Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos	0.00	0.00	0.00	0.13	0.23	0.00	0.01	0.00	0.27	0.00	0.04	0.13	0.00	0.00	0.00	0.06	0.06	
Servicios de transporte	0.02	0.01	0.01	0.03	0.08	0.01	0.06	0.01	0.35	0.00	0.00	0.05	0.00	0.01	0.01	0.26	0.08	
Otros servicios ncp																		

Matriz de coeficientes de encadenamiento Perú

Productos	Ramas	Agricultura, cría de animales, caza y pesca	Petróleo, gas natural y minerales	Electricidad, gas y agua	Agrindustriales	Industriales	Servicios prestados a las empresas	Servicios de comunicaciones	Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos	Servicios de distribución	Servicios de enseñanza	Servicios relacionados con el medio ambiente	Servicios financieros	Servicios sociales y de salud	Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes	Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos	Servicios de transporte	Otros servicios ncp	Índice de encadenamiento
Agricultura, cría de animales, caza y pesca		0.077	0.000	0.000	0.048	0.022	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.147
Petróleo, gas natural y minerales		0.000	0.000	0.000	0.000	0.350	0.000	0.000	0.001	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.352
Electricidad, gas y agua		0.000	0.000	0.001	0.000	0.171	0.011	0.000	0.001	0.000	0.000	0.000	0.002	0.000	0.000	0.000	0.002	0.000	0.190
Agrindustriales		0.027	0.000	0.000	0.064	0.007	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.100
Industriales		0.001	0.006	0.000	0.001	0.241	0.003	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.004	0.000	0.257
Servicios prestados a las empresas		0.000	0.000	0.000	0.000	0.025	0.121	0.001	0.001	0.000	0.000	0.001	0.000	0.000	0.000	0.000	0.009	0.001	0.159
Servicios de comunicaciones		0.000	0.000	0.000	0.000	0.059	0.014	0.001	0.000	0.000	0.000	0.000	0.001	0.000	0.000	0.000	0.013	0.000	0.093
Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos		0.000	0.004	0.000	0.000	0.061	0.012	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.006	0.000	0.094
Servicios de distribución		0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000
Servicios de enseñanza		0.000	0.000	0.000	0.000	0.068	0.131	0.000	0.000	0.000	0.004	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.004	0.207
Servicios relacionados con el medio ambiente		0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.016	0.032	0.000	0.000	0.003	0.001	0.014	0.000	0.000	0.001	0.001	0.015	0.094
Servicios financieros		0.000	0.000	0.001	0.000	0.033	0.013	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.022	0.000	0.000	0.000	0.007	0.008	0.087
Servicios sociales y de salud		0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.006
Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes		0.000	0.000	0.000	0.016	0.006	0.011	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.007	0.001	0.443
Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos		0.000	0.000	0.000	0.000	0.016	0.032	0.000	0.000	0.000	0.003	0.001	0.014	0.000	0.000	0.001	0.001	0.015	0.094
Servicios de transporte		0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.059	0.014	0.001	0.000	0.000	0.000	0.001	0.000	0.000	0.000	0.013	0.000	0.089
Otros servicios ncp		0.000	0.000	0.000	0.000	0.023	0.017	0.000	0.000	0.000	0.001	0.000	0.013	0.000	0.002	0.000	0.001	0.005	0.063

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú

Matriz de coeficientes de encadenamiento Venezuela (estimación)

Productos	Ramas	Agricultura, cría de animales, caza y pesca	Petróleo, gas natural y minerales	Electricidad, gas y agua	Agrindustriales	Industriales	Servicios prestados a las empresas	Servicios de comunicaciones	Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos	Servicios de distribución	Servicios de enseñanza	Servicios relacionados con el medio ambiente	Servicios financieros	Servicios sociales y de salud	Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes	Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos	Servicios de transporte	Otros servicios ncp	Índice de encadenamiento
Agricultura, cría de animales, caza y pesca		0.027	0.000	0.000	0.245	0.013	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.265
Petróleo, gas natural y minerales		0.000	0.002	0.011	0.000	0.266	0.000	0.000	0.005	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.284
Electricidad, gas y agua		0.000	0.002	0.232	0.000	0.033	0.002	0.001	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.270
Agrindustriales		0.136	0.000	0.000	0.067	0.007	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.211
Industriales		0.001	0.002	0.002	0.001	0.278	0.002	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.002	0.000	0.288
Servicios prestados a las empresas		0.000	0.000	0.004	0.000	0.100	0.013	0.003	0.001	0.000	0.000	0.000	0.003	0.000	0.000	0.000	0.003	0.000	0.128
Servicios de comunicaciones		0.000	0.000	0.005	0.000	0.031	0.011	0.001	0.000	0.000	0.000	0.001	0.011	0.000	0.002	0.000	0.011	0.000	0.071
Servicios de construcción y servicios de ingeniería conexos		0.000	0.004	0.001	0.000	0.009	0.003	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.002	0.000	0.033
Servicios de distribución		0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000
Servicios de enseñanza		0.000	0.000	0.001	0.001	0.013	0.002	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.001	0.000	0.000	0.000	0.001	0.000	0.019
Servicios relacionados con el medio ambiente		0.000	0.000	0.001	0.008	0.031	0.004	0.016	0.000	0.000	0.000	0.000	0.002	0.000	0.000	0.001	0.004	0.000	0.068
Servicios financieros		0.000	0.000	0.002	0.000	0.008	0.007	0.007	0.000	0.000	0.000	0.000	0.064	0.000	0.000	0.000	0.005	0.000	0.094
Servicios sociales y de salud		0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.023
Servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes		0.000	0.000	0.001	0.024	0.013	0.001	0.003	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.001	0.000	0.443
Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos		0.000	0.000	0.002	0.000	0.035	0.000	0.001	0.000	0.000	0.001	0.000	0.005	0.000	0.000	0.009	0.005	0.000	0.058
Servicios de transporte		0.000	0.000	0.000	0.000	0.040	0.001	0.002	0.000	0.000	0.000	0.000	0.001	0.000	0.000	0.000	0.051	0.000	0.066
Otros servicios ncp		0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000	0.000

De la matriz de coeficientes de encadenamiento se observa que para Bolivia son los *transportes* los de mayor sensibilidad. Para Colombia *financieros y transportes*, para Ecuador *comunicación y enseñanza*, para Perú *enseñanza y servicios prestados a las empresas*, y para Venezuela son los *servicios prestados a las empresas*.

Nuevamente, se repiten algunos de los servicios que en los módulos anteriores presentan sensibilidad frente a la competencia extranjera en entornos de liberalización comercial. El caso de los *servicios prestados a las empresas* es digno de considerarse de manera independiente porque precisamente los servicios profesionales y los diversos servicios de asesoría y consultoría resultan íntimamente ligados a otros procesos productivos, principalmente como insumos en encadenamientos hacia delante. Esto constituye una alerta que debe tenerse muy en cuenta en particular en negociaciones tipo TLC en que se pretende facilitar a empresas que ingresan a las economías importadoras bajo la modalidad de presencia comercial a que contraten a connacionales para la prestación de los servicios profesionales que éstas requieran, en claro detrimento de los profesionales locales.

5.4 DETERMINACIÓN DE VULNERABILIDAD

Los resultados de los módulos anteriores resultan comprensibles en los contextos en que fueron desarrolladas las metodologías específicas que permitieron su obtención. La intención de la determinación de vulnerabilidad es la de conjugar dichos contextos particulares para establecer en un solo indicador una medición más amplia de la condición en la prestación de los servicios en los mercados locales. Este único indicador final denominado de «**vulnerabilidad**» transluce un concepto más profundo que el de la sensibilidad ya que no sólo determina los probables efectos de la liberalización comercial en los subsectores de servicios, sino que incorpora una noción relativa a la capacidad que tienen de hacer frente a estos efectos al combinar cada uno de los índices de cada módulo anterior. A continuación se presentan los resultados de vulnerabilidad.

Sectores de Servicios	BOLIVIA							
	arancel ad valorem				Vulnerabilidad			
	CAN	OMC	Índice batería 1	índice de encadenamiento	CAN	estatus	otros	estatus
1. SERVICIOS PRESTADOS A LAS EMPRESAS	0,15	0,52	1,54	0,07	0,87		1,24	sector vulnerable
2. SERVICIOS DE COMUNICACIONES	0,11	0,37	1,27	0,12	1,02	sector vulnerable	1,27	sector vulnerable
3. SERVICIOS DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS DE INGENIERIA CONEXOS	0,10	0,35	1,15	0,11	1,07	sector vulnerable	1,32	sector vulnerable
4. SERVICIOS DE DISTRIBUCION								
5. SERVICIOS DE ENSEÑANZA	0,11	0,37	3,06	0,05	0,49		0,75	
6. SERVICIOS RELACIONADOS CON EL MEDIO AMBIENTE	0,11	0,37	10,92	0,07	0,27		0,52	
7. SERVICIOS FINANCIEROS	0,12	0,37	0,75	0,14	1,60	sector vulnerable	1,85	sector vulnerable
8. SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	0,11	0,35	1,97	0,13	0,75		0,99	
9. SERVICIOS DE TURISMO Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LOS VIAJES	0,11	0,34	2,31	0,10	0,63		0,87	
10. SERVICIOS DE ESPARCIMIENTO, CULTURALES Y DEPORTIVOS (excepto los servicios audiovisuales)	0,11	0,36	4,48	0,13	0,46		0,87	
11. SERVICIOS DE TRANSPORTE	0,15	0,49	0,72	0,20	1,75	sector vulnerable	2,08	sector vulnerable

Sector	COLOMBIA							
	arancel ad valorem				Vulnerabilidad			
	CAN	OMC	índice batería 1	índice de encadenamiento	CAN	estatus	otros	estatus
1. SERVICIOS PRESTADOS A LAS EMPRESAS	0,05	0,26	1,67	0,13	0,78		0,99	
2. SERVICIOS DE COMUNICACIONES	0,04	0,16	2,66	0,07	0,49		0,61	
3. SERVICIOS DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS DE INGENIERIA CONEXOS	0,04	0,15	0,74	0,03	1,41	sector vulnerable	1,53	sector vulnerable
4. SERVICIOS DE DISTRIBUCION								
5. SERVICIOS DE ENSEÑANZA	0,04	0,16	6,75	0,02	0,21		0,33	
6. SERVICIOS RELACIONADOS CON EL MEDIO AMBIENTE	0,04	0,16	11,14	0,07	0,20		0,32	
7. SERVICIOS FINANCIEROS	0,05	0,16	1,34	0,09	0,89		1,01	sector vulnerable
8. SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	0,04	0,16	4,65	0,02	0,28		0,39	
9. SERVICIOS DE TURISMO Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LOS VIAJES	0,04	0,15	1,13	0,04	0,96		1,08	sector vulnerable
10. SERVICIOS DE ESPARCIMIENTO, CULTURALES Y DEPORTIVOS (excepto los servicios audiovisuales)	0,04	0,16	6,37	0,06	0,25		0,37	
11. SERVICIOS DE TRANSPORTE	0,05	0,20	0,44	0,10	2,42	sector vulnerable	2,58	sector vulnerable

Sector	BOLIVIA							
	arancel ad valorem				Vulnerabilidad			
	CAN	OMC	índice batería 1	índice de encadenamiento	CAN	estatus	otros	estatus
1. SERVICIOS PRESTADOS A LAS EMPRESAS	0,07	0,41	1,29	0,05	0,90		1,24	sector vulnerable
2. SERVICIOS DE COMUNICACIONES	0,05	0,27	2,43	0,12	0,58		0,81	
3. SERVICIOS DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS DE INGENIERIA CONEXOS	0,05	0,27	2,51	0,07	0,52		0,74	
4. SERVICIOS DE DISTRIBUCION								
5. SERVICIOS DE ENSEÑANZA	0,05	0,28	82,72	0,12	0,18		0,41	
6. SERVICIOS RELACIONADOS CON EL MEDIO AMBIENTE	0,05	0,28	246,62	0,10	0,16		0,39	
7. SERVICIOS FINANCIEROS	0,05	0,28	11,77	0,09	0,23		0,46	
8. SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	0,05	0,28	32,78	0,00	0,08		0,31	
9. SERVICIOS DE TURISMO Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LOS VIAJES	0,05	0,27	4,58	0,04	0,30		0,52	
10. SERVICIOS DE ESPARCIMIENTO, CULTURALES Y DEPORTIVOS (excepto los servicios audiovisuales)	0,05	0,28	98,83	0,10	0,16		0,39	
11. SERVICIOS DE TRANSPORTE	0,07	0,44	0,69	0,05	1,57	sector vulnerable	1,94	sector vulnerable

PERÚ								
Sectores de Servicios	arancel ad valorem				Vulnerabilidad			
	CAN	OMC	Índice batería 1	índice de encadenamiento	CAN	estatus	otros	estatus
1. SERVICIOS PRESTADOS A LAS EMPRESAS	0,01	0,20	0,80	0,16	1,43	sector vulnerable	1,61	sector vulnerable
2. SERVICIOS DE COMUNICACIONES	0,01	0,14	2,31	0,09	0,53		0,66	
3. SERVICIOS DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS DE INGENIERIA CONEXOS	0,01	0,13	0,45	0,03	2,33	sector vulnerable	2,45	sector vulnerable
4. SERVICIOS DE DISTRIBUCION								
5. SERVICIOS DE ENSEÑANZA	0,01	0,13	2,59	0,21	0,60		0,73	
6. SERVICIOS RELACIONADOS CON EL MEDIO AMBIENTE	0,01	0,14	13,00	0,08	0,17		0,30	
7. SERVICIOS FINANCIEROS	0,01	0,14	1,97	0,09	0,61		0,73	
8. SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	0,01	0,13	2,56	0,01	0,41		0,53	
9. SERVICIOS DE TURISMO Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LOS VIAJES	0,01	0,13	1,00	0,04	1,06	sector vulnerable	1,17	sector vulnerable
10. SERVICIOS DE ESPARCIMIENTO, CULTURALES Y DEPORTIVOS (excepto los servicios audiovisuales)	0,01	0,14	13,00	0,08	0,17		0,30	
11. SERVICIOS DE TRANSPORTE	0,01	0,16	0,58	0,09	1,84	sector vulnerable	1,98	sector vulnerable

VENEZUELA								
Sectores de Servicios	arancel ad valorem				Vulnerabilidad			
	CAN	OMC	Índice batería 1	índice de encadenamiento	CAN	estatus	otros	estatus
1. SERVICIOS PRESTADOS A LAS EMPRESAS	0,08	0,28	0,47	0,13	2,34	sector vulnerable	2,54	sector vulnerable
2. SERVICIOS DE COMUNICACIONES	0,06	0,19	0,24	0,07	4,25	sector vulnerable	4,38	sector vulnerable
3. SERVICIOS DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS DE INGENIERIA CONEXOS	0,05	0,17	0,35	0,03	2,94	sector vulnerable	3,06	sector vulnerable
4. SERVICIOS DE DISTRIBUCION								
5. SERVICIOS DE ENSEÑANZA	0,06	0,18	1,75	0,02	0,64		0,77	
6. SERVICIOS RELACIONADOS CON EL MEDIO AMBIENTE	0,05	0,19	3,74	0,07	0,39		0,52	
7. SERVICIOS FINANCIEROS	0,06	0,19	0,16	0,09	6,26	sector vulnerable	6,39	sector vulnerable
8. SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	0,05	0,18	1,17	0,02	0,93		1,06	sector vulnerable
9. SERVICIOS DE TURISMO Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LOS VIAJES	0,05	0,17	0,33	0,04	3,09	sector vulnerable	3,21	sector vulnerable
10. SERVICIOS DE ESPARCIMIENTO, CULTURALES Y DEPORTIVOS (excepto los servicios audiovisuales)	0,05	0,18	1,92	0,06	0,63		0,76	
11. SERVICIOS DE TRANSPORTE	0,06	0,21	0,06	0,10	16,94	sector vulnerable	17,10	sector vulnerable

Los rasgos más notorios en el análisis de vulnerabilidad¹⁶ están en las coincidencias entre los países. Para cuatro de ellos, con excepción de Colombia, los *servicios prestados a las empresas* resultan vulnerables. Esto quiere decir que a la vez presentan una alta protección, baja competitividad potencial y alta intensidad en los encadenamientos. La excepción colombiana se debe a que la competitividad potencial de estos servicios es adecuada y sustancialmente más elevada en términos relativos a los demás miembros de la CAN. Los *servicios financieros* también presentan vulnerabilidad para tres países: Venezuela, Colombia y Bolivia. Ecuador y Perú quedan fuera en este subsector principalmente por encontrarse en una situación de apertura relativa superior al resto de andinos, y en el primer caso porque las características de su mercado con alta concentración y sin atractivos para el ingreso de entidades extranjeras, se posiciona adecuadamente en términos de su relación entre eficiencia y especialización.

Otra coincidencia generalizada corresponde al *transporte* en que los cinco países son vulnerables. Esto se explica básicamente por el mal posicionamiento de dicho sector en el análisis de eficiencia y especialización y fundamentalmente esto se debe a las características de sus costos de producción flexibles hacia el alza mientras que las tarifas son inflexibles y muchas veces condicionadas políticamente.

Este análisis de vulnerabilidad discrimina entre un entorno de apertura en el marco de la CAN y un entorno de apertura con terceros países sobre la base de los compromisos adquiridos en la OMC. Dentro de las coincidencias anotadas, las vulnerabilidades se repiten en ambos entornos salvo los casos: boliviano en *servicios prestados a las empresas*, colombiano en *servicios financieros* y *servicios de turismo y relacionados con los viajes*, ecuatoriano en *servicios prestados a las empresas*. En todas ellas, la vulnerabilidad se produce sólo frente a terceros países.

5.5 COMPLEMENTARIEDAD CAN

La utilización de aranceles «ad valorem» como medidas de la apertura y los indicadores de «competitividad potencial» permiten cruzar el análisis entre los países de la CAN permitiendo establecer espacios de complementariedad comercial. Esto implica la determinación de correspondencias entre restricciones bajas y eficiencia alta, lo que en el marco de una liberalización de los mercados a nivel andino resultaría en una ampliación del comercio entre los países y los sectores complementarios.

¹⁶ Cabe anotarse que la utilización de una matriz de utilización (producto) estimada para Venezuela puede sesgar los indicadores para este país aunque hay resultados que resultan consistentes desde la perspectiva empírica.

Los resultados son los siguientes:

BOLIVIA						
Sectores de Servicios	ARANCEL AD VALOREM CAN	Índice batería 1	COLOMBIA	ECUADOR	PERÚ	VENEZUELA
1. SERVICIOS PRESTADOS A LAS EMPRESAS	0,15	1,54	30,69	22,85	105,54	20,11
2. SERVICIOS DE COMUNICACIONES	0,11	1,27	31,45	26,09	113,72	23,00
3. SERVICIOS DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS DE INGENIERIA CONEXOS	0,10	1,15	32,70	24,78	115,23	23,22
4. SERVICIOS DE DISTRIBUCION						
5. SERVICIOS DE ENSEÑANZA	0,11	3,06	78,34	63,04	289,35	54,97
6. SERVICIOS RELACIONADOS CON EL MEDIO AMBIENTE	0,11	10,92	275,36	224,59	1004,67	199,34
7. SERVICIOS FINANCIEROS	0,12	0,75	14,79	14,86	69,73	11,84
8. SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	0,11	1,97	51,74	40,97	183,56	36,72
9. SERVICIOS DE TURISMO Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LOS VIAJES	0,11	2,31	61,32	49,01	223,35	44,60
10. SERVICIOS DE ESPARCIMIENTO, CULTURALES Y DEPORTIVOS (excepto los servicios audiovisuales)	0,11	4,48	115,91	92,04	409,31	86,56
11. SERVICIOS DE TRANSPORTE	0,15	0,72	15,58	10,08	51,99	11,97

COLOMBIA						
Sectores de Servicios	ARANCEL AD VALOREM CAN	Índice batería 1	BOLIVIA	ECUADOR	PERÚ	VENEZUELA
1. SERVICIOS PRESTADOS A LAS EMPRESAS	0,05	1,67	11,19	24,80	114,57	21,83
2. SERVICIOS DE COMUNICACIONES	0,04	2,66	23,55	54,44	237,26	47,99
3. SERVICIOS DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS DE INGENIERIA CONEXOS	0,04	0,74	7,57	16,00	74,42	15,00
4. SERVICIOS DE DISTRIBUCION						
5. SERVICIOS DE ENSEÑANZA	0,04	6,75	61,58	139,07	638,34	121,28
6. SERVICIOS RELACIONADOS CON EL MEDIO AMBIENTE	0,04	11,14	101,17	229,04	1024,57	203,28
7. SERVICIOS FINANCIEROS	0,05	1,34	11,60	26,56	124,58	21,15
8. SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	0,04	4,65	42,53	96,55	432,58	86,52
9. SERVICIOS DE TURISMO Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LOS VIAJES	0,04	1,13	10,73	24,07	109,69	21,90
10. SERVICIOS DE ESPARCIMIENTO, CULTURALES Y DEPORTIVOS (excepto los servicios audiovisuales)	0,04	6,37	59,92	131,03	582,68	123,22
11. SERVICIOS DE TRANSPORTE	0,05	0,44	2,83	6,14	31,66	7,29

ECUADOR						
Sectores de Servicios	ARANCEL AD VALOREM CAN	Índice batería 1	BOLIVIA	COLOMBIA	PERÚ	VENEZUELA
1. SERVICIOS PRESTADOS A LAS EMPRESAS	0,07	1,29	8,61	25,64	88,16	16,80
2. SERVICIOS DE COMUNICACIONES	0,05	2,43	21,48	59,86	216,40	43,77
3. SERVICIOS DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS DE INGENIERIA CONEXOS	0,05	2,51	25,49	71,15	250,70	50,53
4. SERVICIOS DE DISTRIBUCION						
5. SERVICIOS DE ENSEÑANZA	0,05	82,72	755,14	2119,31	7827,23	1487,09
6. SERVICIOS RELACIONADOS CON EL MEDIO AMBIENTE	0,05	246,62	2240,52	6218,83	22690,05	4501,91
7. SERVICIOS FINANCIEROS	0,05	11,77	102,17	232,75	1097,55	186,35
8. SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	0,05	32,78	299,72	859,17	3048,14	609,68
9. SERVICIOS DE TURISMO Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LOS VIAJES	0,05	4,58	43,34	121,62	442,98	88,46
10. SERVICIOS DE ESPARCIMIENTO, CULTURALES Y DEPORTIVOS (excepto los servicios audiovisuales)	0,05	98,83	929,60	2559,86	9039,53	1911,60
11. SERVICIOS DE TRANSPORTE	0,07	0,69	4,47	14,98	49,97	11,50

PERÚ						
Sectores de Servicios	ARANCEL AD VALOREM CAN	Índice batería 1	BOLIVIA	COLOMBIA	ECUADOR	VENEZUELA
1. SERVICIOS PRESTADOS A LAS EMPRESAS	0,01	0,80	5,32	15,85	11,80	10,38
2. SERVICIOS DE COMUNICACIONES	0,01	2,31	20,43	56,95	47,24	41,64
3. SERVICIOS DE CONSTRUCCION Y SERVICIOS DE INGENIERIA CONEXOS	0,01	0,45	4,54	12,66	9,59	8,99
4. SERVICIOS DE DISTRIBUCION						
5. SERVICIOS DE ENSEÑANZA	0,01	2,59	23,69	66,48	53,49	46,65
6. SERVICIOS RELACIONADOS CON EL MEDIO AMBIENTE	0,01	13,00	118,12	327,85	267,40	237,33
7. SERVICIOS FINANCIEROS	0,01	1,97	17,11	38,98	39,19	31,21
8. SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	0,01	2,56	23,36	66,97	53,03	47,52
9. SERVICIOS DE TURISMO Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LOS VIAJES	0,01	1,00	9,45	26,50	21,18	19,28
10. SERVICIOS DE ESPARCIMIENTO, CULTURALES Y DEPORTIVOS (excepto los servicios audiovisuales)	0,01	13,00	122,29	336,75	267,40	251,47
11. SERVICIOS DE TRANSPORTE	0,01	0,58	3,73	12,49	8,08	9,59

La correspondencia se establece para los subsectores y en los países en que los índices superan el valor de 100, y mientras mayor sea éste, mayor es la correspondencia. El cuadro correspondiente a cada país se interpreta como la correspondencia para las exportaciones de éste hacia los demás.

En términos generales, se aprecia que las mayores oportunidades se producen entre países limítrofes en ambos sentidos. Inclusive, en casos en que se repite la posibilidad de exportación del mismo servicio para dos países entre sí, es posible el beneficio comercial por cuanto a un nivel de desagregación elevado no necesariamente coincidirán de la misma manera las subclasificaciones, o inclusive, siendo así, son ya las preferencias de los consumidores y las características de los mercados las que pueden permitir todavía la complementariedad.

5.6 MÓDULO 4: ANÁLISIS DE EXPORTACIÓN POTENCIAL

El análisis de exportación potencial busca identificar aquellos productos o sectores (en este caso servicios) que tienen posibilidades de resultar exitosos al exportarse a los mercados con los que se establecen procesos de apertura comercial. Desde una perspectiva genérica, son aquellos productos o sectores con mayor competitividad frente a sus iguales en las economías importadoras. En el caso de bienes, esta competitividad se asienta en las propias características del proceso productivo tal y como están dadas las estructuras en la economía originaria, sumado a elementos relativos al traslado, almacenamiento, manipulación, etc. de las exportaciones en donde estos costos definitivamente incidirán sobre la competitividad.

Los servicios, a diferencia, presentan el inconveniente de que no necesariamente su prestación está sujeta a condiciones estáticas debidas a las estructuras de la economía originaria. En el caso de la modalidad de presencia comercial, definitivamente la prestación de los servicios estará determinada por el entorno de la economía importadora. Esto implica que una valoración en términos de competitividad de servicios que no están participando del comercio exterior de un país pero que poseen un potencial de transabilidad, no es adecuada por cuanto su exportación resultará en cambios en el proceso de producción – prestación del servicio. Además, la diversidad de servicios resulta a su vez en una diversidad de características particulares con sus propios condicionamientos.

Por tanto, el nivel de especificidad requerido para un estudio exhaustivo requiere de un enfoque orientado hacia estudios individualizados que permitan entender las características exclusivas de la prestación de cada servicio tanto en la economía originaria como bajo las nuevas condiciones que impondrá la economía importadora.

Para este estudio, se procede a delinear algunos elementos generales de la coyuntura productiva de la economía norteamericana para establecer fundamentos que permitan, aunque de manera amplia, identificar los sectores que pueden entrar a dicho mercado. Este condicionamiento frente a una posible economía importadora se debe a que es preciso determinar las características particulares del destino de las exportaciones de servicios, precisamente por la imposibilidad de establecer parámetros exclusivamente a partir de las características de la prestación local en la economía de origen. Esto implica que las reflexiones desarrolladas a continuación se enmarcan exclusivamente en el marco de los procesos de liberalización a través de los TLC, actualmente en negociación con Ecuador, Colombia y Perú.

Con estos antecedentes, el primer paso es el reconocimiento de los mercados desde la perspectiva de la demanda. En ese sentido, la economía norteamericana en su conjunto viene enfrentando un proceso contractivo, iniciado luego del pico de 2000, que parece todavía no haber llegado a la inflexión en la dinámica del ciclo económico. Aunque las autoridades económicas estadounidenses anuncian mejoras, éstas no son determinantes y de acuerdo a la evidencia empírica de la evolución de dicha economía, todavía pasarán algunos años para alcanzar un nuevo repunte. Este dato no es un buen augurio para un incremento en las importaciones estadounidenses con lo que la liberalización de sus mercados no necesariamente se va a traducir en un incremento sustancial de las exportaciones andinas hacia ese país.

Por otra parte, los servicios, a diferencia de los productos, presentan una ventaja en términos de comercio exterior. Su proceso de producción – prestación es mucho más flexible que en el caso de bienes. Esta característica resulta en una ventaja por cuanto puede adecuarse mejor a los requerimientos y preferencias de los consumidores. Además, la posibilidad de generación de valor agregado también supera a la de los productos de exportación tradicionales de los andinos a los Estados Unidos.

Ambas características se vuelven favorables desde la perspectiva de la liberalización del comercio de servicios pero en última instancia, la capacidad y la intención de demanda de la economía importadora es determinante. Por ello no es posible hasta aquí asegurar que definitivamente habrá ventajas para los prestadores de servicios andinos.

Ya sobre la base de algunos elementos cuantitativos, sí es posible tener en cuenta, aunque sea de manera parcial, a la competitividad local de algunos servicios como indicador de sus posibilidades de exportación. Esto, cuando la economía importadora presenta un entorno para la prestación similar al de la economía originaria, o cuando el comercio se realiza exclusivamente bajo la modalidad de comercio transfronterizo.

Bajo esta perspectiva y tomando en cuenta los índices de eficiencia en costos productivos tanto Bolivia como Ecuador están en capacidad de ofrecer eficientemente *servicios de enseñanza* mientras que Colombia *servicios prestados a las empresas*, y Perú y Venezuela *servicios de esparcimiento, culturales y deportivos*.

Los servicios de enseñanza en la práctica están presentando una evolución favorable, particularmente en el Ecuador donde más de una universidad está ofreciendo programas a distancia (Universidad Particular de Loja). La aceptación de estos servicios no sólo ha correspondido a la alta población migrante ecuatoriana que se encuentra en los propios Estados Unidos y España, sino que las características del sistema y la diversidad en la oferta ha generado interés en ciudadanos extranjeros. En la actualidad, dicha entidad educativa tiene sucursales en España demostrando la posibilidad de exportación de estos servicios que se los presta bajo la modalidad transfronteriza.

El caso colombiano también es explicable por la presencia de un número importante de profesionales altamente competitivos que se encuentran desarrollando sus actividades en el exterior.

Frente a estos servicios, surge más bien la limitación respecto a que en general los países mantienen altos niveles de restricciones sin que los Estados Unidos sean la excepción. Las legislaciones referentes a los colegios profesionales y los requisitos para el ejercicio profesional

resultan en trabas importantes que pueden afectar las posibilidades de expansión que tienen para Colombia estos servicios como rubro de exportación.

El caso venezolano también es consistente con su realidad. Los servicios de esparcimiento, culturales y deportivos incluyen a los espectáculos y shows artísticos. Es bien conocida la fama de los artistas venezolanos que son ampliamente reconocidos en el mundo y es precisamente ese espacio donde tienen posibilidades de aventajarse de la liberalización comercial.

Como se indicó respecto a los servicios profesionales, el acceso a los mercados en los Estados Unidos por parte de los prestadores andinos se enfrenta a barreras legales. Desde un enfoque teórico, la liberalización del comercio de servicios implica el levantamiento de regulaciones y normativas que resulten en barreras para la prestación por parte de extranjeros. Desde la perspectiva estadounidense, sus compromisos en la liberalización se limitan a no imponer nuevos elementos regulatorios que afecten al comercio de servicios, pero no se considera la realización de reformas legales. Esto implica que las restricciones existentes se mantienen, y éstas fundamentalmente están vinculadas a normativas «de seguridad». Por ejemplo, en transporte aéreo existen requerimientos respecto a condiciones de aeronavegabilidad de las naves, parámetros de seguridad en los aeropuertos de embarque, etc. que pueden utilizarse como barreras sin posibilidad de negociarse en un proceso de liberalización comercial.

El tema financiero implica asimismo complicaciones por cuanto una liberalización de los mercados es insuficiente hasta que se determine el mecanismo para el tratamiento de la normativa prudencial. En el formato de los TLC el tema de la supervisión bancaria se maneja como un subcapítulo en el que se especifica que las partes pueden establecer:

- I) Acuerdos de reconocimiento mutuo, que implican la aceptación de operaciones efectuadas por las instituciones financieras de la contraparte en el propio territorio si éstas cumplen con la normativa prudencial de su país de origen.
- II) Armonización de normas prudenciales, que comprende un proceso de negociación en que se equiparan los elementos esenciales de la normativa de supervisión y control financiero a fin de que las instituciones financieras de los países puedan operar en el área de libre comercio sin ningún impedimento en esta materia.
- III) Cualquier otro mecanismo que consideren las partes.

Al dejarse abiertas estas posibilidades sin que se proceda de manera paralela y simultánea a definir o la armonización o los acuerdos de reconocimiento a la negociación de la liberalización, hasta que esto suceda, la normativa prudencial puede resultar en una barrera infranqueable, generando incluso situaciones de comercio en una vía donde se favorece a la economía con estándares más estrictos.

Un elemento indispensable de considerarse en este marco constituye la dificultad adicional que representa el ordenamiento político de los Estados Unidos donde existe una legislación federal y cincuenta y una legislaciones estatales (incluido Puerto Rico). Con ello, una liberalización del comercio de servicios, la que se realiza entre cualquier país y los Estados Unidos, no implica la subordinación automática de todos los estados de la Unión Americana a los lineamientos de la apertura.

6. CONCLUSIONES

1. La reciente preocupación académica en el tratamiento de los servicios en el marco de los procesos de liberalización comercial se ha traducido en la existencia de muy pocos estudios de referencia para la realización de esta investigación.
2. La necesidad de enfocar esta investigación a la problemática de las negociaciones comerciales hemisféricas y en los TLC por parte de los países andinos ha obligado a establecer un marco teórico referencial ad hoc a esta situación.
3. La estructuración de un análisis cualitativo sobre los servicios en los países de la CAN requiere de bases cuantitativas para la estandarización de los criterios y para la realización de reflexiones fundamentadas que puedan ser comparables sin que se limiten a ser sólo opiniones.
4. La integración de los tres módulos en un índice de vulnerabilidad implica la combinación de tres apreciaciones diferentes sobre la situación de los servicios en la CAN en un solo resultado. Esto permite perfeccionar las conclusiones en el sentido de que responden a varios criterios de evaluación.
5. Puntualmente, los países de la CAN individualmente y como región presentan mayores sensibilidades individuales para cada módulo y, en conjunto, mayor vulnerabilidad en los servicios de transporte, servicios de comunicaciones, servicios financieros y servicios prestados a las empresas.
6. La vulnerabilidad en los servicios a las empresas se fundamenta en los servicios profesionales principalmente en que la sensibilidad a la competencia externa es elevada.
7. El subsector de transportes presenta alta sensibilidad en el transporte por carretera de carga y pasajeros.
8. En comunicaciones, la vulnerabilidad está dada por los servicios de telecomunicaciones que pueden prestarse bajo la modalidad transfronteriza. Esto se debe fundamentalmente a que este tipo de prestaciones son más competitivas por cuanto no requieren cumplir con las legislaciones locales y, principalmente, no están sujetas a la realización de pagos por licencias de operación, acceso a frecuencias o canales de comunicación e impuestos que sí afectan a los prestadores locales.
9. En servicios financieros, Colombia, Bolivia y Venezuela presentan niveles de vulnerabilidad que deben tenerse en cuenta. Aunque los otros países no repliquen esta situación en esa medida, es preciso precautelar adecuadamente a los sistemas financieros de la región porque los riesgos de una entrada de prestadores extranjeros a los mercados andinos afectaría principalmente a los flujos de recursos en la intermediación que, dependiendo de elementos como el riesgo país, depreciaciones o apreciaciones monetarias, etc. puede resultar en drenajes de capitales desde las economías de la CAN hacia el exterior.
10. Los subsectores con mayores posibilidades de beneficiarse de la liberalización comercial son los servicios de enseñanza, de esparcimiento, culturales y deportivos, y en el caso colombiano, servicios prestados a las empresas. Estos subsectores presentan ya una evidencia empírica que confirma estas posibilidades.
11. La importancia de los resultados de los módulos no radica en las magnitudes de los valores sino en su interpretación, y de ella, fundamentalmente como alertas respecto a cómo se debe negociar en los distintos espacios de liberalización comercial en que los andinos se encuentran participando.
12. De acuerdo a este planteamiento, son los sectores indicados como vulnerables los que tienen que precautelarse en las negociaciones comerciales buscando por el otro

lado conseguir mayor apertura de las contrapartes para aquellos que tienen potencial de exportación.

13. Desde la perspectiva específica del estado actual de las negociaciones del TLC, su suscripción inminente y muy próxima, y los propios condicionamientos del proceso, no permiten la configuración de estrategias que lleven a la consecución de objetivos sobre la base de estudios como éste. Más bien, estos resultados deben utilizarse como guías sobre los posibles efectos de la liberalización para que sobre su base puedan generarse mecanismos de corrección que procuren defender a aquellos vulnerables en los mercados locales y potenciar a aquellos con posibilidades de beneficiarse con su acceso a los mercados internacionales.
14. Este es un primer análisis que advierte sobre los grandes sectores de servicios que pueden enfrentar impactos negativos en un proceso de liberalización comercial o que pueden beneficiarse de la apertura de nuevos mercados. La determinación a un detalle mayor deberá realizarse como una segunda fase para la identificación de la situación particular de cada subsector dentro de cada conglomerado. Paralelamente, la definición de planes y estrategias de negociación requieren de un estudio específico para el efecto que deberá realizarse sobre la base del análisis de la arquitectura y los textos de los acuerdos.

7. BIBLIOGRAFÍA

Baquero Marco, Carlos de la Torre (2002), «Liberalización y negociación de servicios: el caso CAN», Latin American Trade Network, Informes de Servicios, Buenos Aires.

Brown, Druisilla, Robert Stern (2001), «Measurement and Modeling of the Economic Effects of Trade and Investment Barriers in Services», Review of International Economics.

McGuire, Greg (2002), «Trade in Services Market Access Opportunities and the Benefits of Liberalization for Developing Economies», UNCTAD Policy Studies in International Trade and Commodities Study, Series No. 19, UN, New York, Geneva.

Niño, Jaime (2004), «El comercio internacional de servicios profesionales y la integración de los países andinos», Latin American Trade Network, mimeo.

Rutherford, T., M. Ligh.

Secretaría General de la Comunidad Andina (2001), «Transporte sin Fronteras», Unidad de Publicaciones de la CAF.

8. FUENTES ESTADÍSTICAS

Bolivia

- Serie trimestral 1994.1 – 2003.4 de la producción de servicios publicada por el Instituto Nacional de Estadísticas de Bolivia (en miles de bolivianos).

- Serie anual de inversión extranjera directa 1994 – 2001 de las Estadísticas Financieras Internacionales del FMI (IFS) en millones de dólares (en miles de bolivianos trimestralizada y proyectada hasta 2003.4 a partir de las tasas de variación de la serie correspondiente al PIB trimestral).
- Serie anual de FBKF 1994 - 2001 de las Estadísticas Financieras Internacionales del FMI (IFS) en millones de dólares (trimestralizada y proyectada hasta 2003.4 a partir de las tasas de variación de la serie correspondiente al PIB trimestral).
- Serie mensual del tipo de cambio promedio para el período 1994.1 – 2003.12.
- Matriz de utilización (producto) 2000 publicada por el Instituto Nacional de Estadísticas de Bolivia (en miles de bolivianos).

Colombia

- Serie trimestral 1994.1 – 2003.4 de la producción de servicios publicada por el DANE en sus boletines de Cuentas Trimestrales (en millones de pesos).
- Serie trimestral de inversión extranjera directa 1994.1 – 2003.4 publicada por el Banco de la República en su boletín de Inversión Extranjera Directa.
- Serie trimestral de inversión extranjera directa 1994.1 – 2002.1 de las Estadísticas Financieras Internacionales del FMI (IFS) (en millones de dólares proyectada hasta 2003.4 a partir de las tasas de variación de la serie correspondiente a la IED del Banco de la República).
- Serie trimestral de la FBKF 1994.1 – 2003.4 publicada por el DANE en sus boletines de Cuentas Trimestrales (en millones de pesos).
- Serie mensual del tipo de cambio de mercado 1994-2003.
- Matriz de utilización (producto) 2001 publicada por el DANE (en millones de pesos).

Ecuador

- Serie trimestral 1994.1 – 2003.4 de la producción de servicios publicada por el Banco Central del Ecuador en sus boletines de Cuentas Trimestrales (en valores constantes en dólares de 2000, luego convertida a dólares corrientes a través del índice de precios al productor retropolado del 2000 hacia atrás).
- Serie del índice de precios al productor IPP mensual 1998.1 – 2003.12 publicada por el Banco Central del Ecuador en sus Informaciones Estadísticas Mensuales (trimestralizado y retropolado del 2000 hacia atrás mediante ajustes estacionales para salvar el corte estructural de la dolarización).
- Serie trimestral de inversión extranjera directa 1994.1 – 2003.4 de la balanza de pagos publicada por el Banco Central del Ecuador.
- Serie trimestral de inversión extranjera directa 1994.1 – 2002.1 de las Estadísticas Financieras Internacionales del FMI (IFS) (proyectada hasta 2003.4 a partir de las tasas de variación de la serie correspondiente a la balanza de pagos).
- Serie de la FBKF 1994.1 – 2003.4 de las Cuentas Trimestrales del Banco Central del Ecuador (en valores constantes en dólares de 2000).
- Matriz de utilización (producto) 2001 elaborada por el departamento de Cuentas Nacionales del Banco Central del Ecuador (en miles de dólares).
- Base de datos empresarial de la Superintendencia de Compañías del Ecuador.

Perú

- Serie anual 1994 – 2000 de la producción publicada por el Banco Central de la Reserva del Perú (en miles de soles).
- Datos anuales 1992 – 1995 de la producción de servicios publicada por el Banco Central de la Reserva del Perú (en miles de soles).
- Serie trimestral de inversión extranjera directa 1994.1 – 2002.1 de las Estadísticas Financieras Internacionales del FMI (IFS) (proyectada hasta 2003.4 a partir de las tasas de variación trimestrales del último período completo) (en miles de dólares).
- Serie anual de la FBKF 1994 – 2000 publicada por el Banco Central de la Reserva del Perú (en miles de soles).
- Serie diaria del tipo de cambio de mercado 1994 – 2003 publicada por el Banco Central de la Reserva del Perú.
- Matriz de utilización (producto) 1994 publicada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú.

Venezuela

- Serie trimestral 1994 – 2000 de la producción publicada por el Banco Central de la República Bolivariana de Venezuela (en millones de bolívares de 1984).
- Serie trimestral de la producción de servicios estimada como proporción de la producción de servicios.
- Serie trimestral de inversión extranjera directa 1994.1 – 2002.1 de las Estadísticas Financieras Internacionales del FMI (IFS) (proyectada hasta 2003.4 a partir de las tasas de variación trimestrales del último período completo).
- Serie anual de la FBKF 1994 – 2003 publicada por el Banco Central de la República Bolivariana de Venezuela trimestralizada a partir de las variaciones trimestrales del PIB.
- Matriz de utilización (producto) 1998 estimada sobre equilibrios oferta utilización publicados por el Banco Central de la República Bolivariana de Venezuela.

9. ANEXOS

Bolivia

DATOS PARA ECONOMETRÍA (millones de bolivianos)				
TRIMESTRES	PIB	PIB SERVICIOS	IED	FBKF
1994.I	6416062,759	2818332,049	1703908	952786
1994.II	6446798,069	3063590,016	1745713	957350
1994.III	7333414,262	3439640,712	1985798	1089012
1994.IV	7440067,201	3502553,692	2027621	1104850
1995.I	7590990,759	3192281,282	2099563	1179091
1995.II	7540771,624	3401611,133	2098790	1171290
1995.III	8482643,044	3765126,651	2390449	1317589
1995.IV	8620667,328	4047717,698	2469334	1339028
1996.I	8937549,732	3700556,012	2596380	1445755
1996.II	8952024,423	4070612,338	2631730	1448096
1996.III	9769432,334	4381850,596	2917351	1580322
1996.IV	9877640,589	4730867,821	2972574	1597826
1997.I	9941420,275	4293987,954	3014826	1885686
1997.II	9985261,963	4774547,884	3028121	1894002
1997.III	10646507,69	4950318,499	3265690	2019427
1997.IV	11070675,88	5520434,71	3447153	2099883
1998.I	11530934,45	5507724,219	4618143	2669813
1998.II	11322760,79	5751464,34	4593014	2621613
1998.III	12013766,63	6167023,623	4926288	2781605
1998.IV	11954864,1	6284209,686	4963631	2767967
1999.I	11922943,92	6102843,208	6303973	2277076
1999.II	11507168,44	6244160,661	6169235	2197670
1999.III	12066402,95	6443361,41	6602895	2304475
1999.IV	12659659,68	6720563,624	7009446	2417776
2000.I	12850406,6	6319627,672	7807817	2256826
2000.II	12419208,74	6621975,459	7657339	2181098
2000.III	13082481,02	6596191,061	8196817	2297584
2000.IV	13531767,59	7080256,085	8626823	2376489
2001.I	13196370,92	6604439,026	9418412	1848874
2001.II	13007454,35	6779143,965	9441171	1822406
2001.III	13316470,72	6857974,581	9870800	1865700
2001.IV	13490038,18	7152119,766	10133179	1890018
2002.I	13568606,71	6845450,91	10491088	1914653
2002.II	13740226,96	7367225,876	10835653	1939608
2002.III	14225585,12	7356354,23	11500437	1964889
2002.IV	14398729,94	7347948,907	11933050	1990500
2003.I	14735586,97	7271300,441	12519233	2016444
2003.II	14867114,45	7776102,971	12948517	2042726
2003.III	15264615,66	7626500,153	13628945	2069351
2003.IV	15384364,61	7666086,909	14081178	2096323
	Instituto Nacional de Estadísticas de Bolivia	Instituto Nacional de Estadísticas de Bolivia	IMF Internacional Financial Statistics (trimestralización)	IMF Internacional Financial Statistics (trimestralización)

Colombia

DATOS PARA ECONOMETRÍA (millones de pesos corrientes)					
TRIMESTRES	PIB	PIB SERVICIOS	IED FLUJOS	FBKF CT.	IMPORT SERV.
1994.I	15205913	7880662	392811	3290588	473003,1686
1994.II	16015714	8544437	408157	4070859	524324,7175
1994.III	17820053	9124538	177321	4846471	535390,7523
1994.IV	18491182	9866090	217708	5038926	640274,3418
1995.I	19554245	10330854	124746	5413054	548937,6609
1995.II	20332711	11155641	186525	5346768	606277,287
1995.III	21845475	12070429	270624	5363792	682633,7086
195.IV	22726678	12720159	326490	5660615	837954,3242
1996.I	23434920	13380159	564162	5706156	778430,179
1996.II	24367317	14363855	526433	5657984	872005,6205
1996.III	26032104	14760218	1083323	5698211	865549,3919
1996.IV	26877048	15972726	1040707	5246167	996082,1762
1997.I	27035382	16496977	1183831	5015905	879948,4569
1997.II	29427237	17961082	1287345	5971152	964408,841
1997.III	31942080	18652098	1905000	6664799	1138868,701
1997.IV	33302802	19274795	2204392	7813918	1303020,405
1998.I	33518149	19680416	902798	7826743	1078417,83
1998.II	35072818	20698579	1280666	7387482	1158908,553
1998.III	35856693	21006698	1404912	6520616	1374635,232
1998.IV	36035662	21244140	782924	5979820	1344497,935
1999.I	35241959	20901603	864160	5239657	1155476,921
1999.II	36040565	21183693	435885	4273177	1298129,212
1999.III	39400540	21490180	513809	5067599	1552091,153
1999.IV	40881941	21678969	758613	4941343	1602286,1
2000.I	41152655	21976737	1214572	6342614	1462073,615
2000.II	42391276	22209070	1684404	6139964	1675275,081
2000.III	44997285	23020008	1471830	5461966	1882866,878
2000.IV	46365042	23829127	1270420	5997489	2054506,621
2001.I	43752870	23277878	2386195	6693671	1885424,431
2001.II	45845877	24282105	545916	7188985	2056422,629
2001.III	48291709	25540365	1610166	6279108	2140892,58
2001.IV	50668329	26485816	2064974	6717890	2268182,731
2002.I	45674496	24563682	1373725	5270426	1799454,727
2002.II	49438895	26682305	546072	7444246	1867991,848
2002.III	52611981	27364785	1211100	7832430	2394823,081
2002.IV	55704249	28704576	927932	8621309	2485066,092
2003.I	52012526	26600129	1461786	8532131	2250658,588
2003.II	54486605	29181734	1636596	7809242	2298029,795
2003.III	58178048	29916849	1636596	8827812	2448526,429
2003.IV	61652464	31147579	952470	9205966	2662977,227
	DANE Cuentas Nacionales Trimestrales	DANE Cuentas Nacionales Trimestrales	Banco de la República Estadísticas de Inversión extranjera directa	DANE Cuentas Nacionales Trimestrales	Banco de la República Balanza de Pagos

Ecuador

DATOS PARA ECONOMETRÍA (millones de dólares corrientes)					
TRIMESTRES	PIB	PIB SERVICIOS	IED FLUJOS	FBKF IFS.	IMPORT SERV.
1994.I	4802755	1572816	125277	725100	256200
1994.II	4359529	1406672	148277	760950	257937
1994.III	4253435	1359527	207277	796390	270154
1994.IV	4825070	1566114	95493	831490	323150
1995.I	4678003	1532073	105599	826070	272536
1995.II	4365968	1462231	106051	828580	297501
1995.III	4085680	1380572	112637	838940	299595
195.IV	4605864	1553217	128171	834340	303651
1996.I	4667068	1569488	106427	826710	259106
1996.II	4222318	1447030	143356	835940	255427
1996.III	3970869	1347779	95934	858920	277548
1996.IV	4505669	1520502	153935	861010	318369
1997.I	4522367	1532366	144378	902800	276659
1997.II	4180662	1413327	171324	919140	306089
1997.III	3998155	1349687	164093	956910	310345
1997.IV	4556879	1553291	244139	979700	336461
1998.I	4499006	1507146	208031	1006640	295273
1998.II	4114261	1388726	202755	1093938	306526
1998.III	3850118	1309833	227601	1063230	389189
1998.IV	4385893	1485871	231583	985050	310453
1999.I	4138858	1310673	145969	664250	308541
1999.II	3653439	1161106	158350	540660	289108
1999.III	3415976	1076130	116407	490160	290614
1999.IV	3889383	1257493	227687	421700	292380
2000.I	3878910	1290889	208169	376940	286739
2000.II	3609242	1194637	189436	474840	311234
2000.III	3436824	1136501	168380	619320	332650
2000.IV	3888540	1298129	154040	729390	338677
2001.I	4007045	1303244	354555	741403	346542
2001.II	3892259	1294671	314837	729461	359338
2001.III	3806834	1283158	357753	718057	354770
2001.IV	4306313	1446924	302675	867881	373437
2002.I	3797491	1259283	291202	816373	388120
2002.II	3794517	1272790	312877	806552	414017
2002.III	3715728	1252767	308628	799350	417681
2002.IV	3786769	1271918	362588	849173	411756
2003.I	3361891	1120228	496322	727881	412303
2003.II	3663142	1228360	532208	789959	393543
2003.III	3910601	1288220	304316	801252	390908
2003.IV	3838795	1263097	221890	746917	393571
	Banco Central del Ecuador Cuentas Nacionales Trimestrales	Banco Central del Ecuador Cuentas Nacionales Trimestrales	IMF International Financial Statistics	IMF International Financial Statistics	Banco Central del Ecuador Balanza de Pagos

Perú

DATOS PARA ECONOMETRÍA (millones de soles corrientes)						
TRIMESTRES	PIB	PIB SERVICIOS	IED FLUJOS	FBKF IFS.	FBKF BCRP	SALDO COMERCIAL SERV
1994.I	21897	12200	3497	4193	4073	-237
1994.II	25097	13983	7991	4562	4531	-272
1994.III	24923	13885	8820	5702	5634	-270
1994.IV	26658	14852	9703	6443	6661	-288
1995.I	27932	15656	10106	6711	6671	-304
1995.II	31401	17600	10543	7112	7175	-342
1995.III	30454	17069	10743	7522	7487	-331
195.IV	31070	17414	12728	7750	7760	-338
1996.I	31104	17329	13662	6833	6896	-336
1996.II	36257	20200	14527	7279	7314	-487
1996.III	33770	18815	16161	7866	7802	-407
1996.IV	35796	19943	17472	8769	8732	-434
1997.I	35628	20213	19506	8189	8283	-401
1997.II	41886	23763	20205	8680	8719	-601
1997.III	39240	22262	20259	9789	9730	-522
1997.IV	40519	22988	21304	10814	10738	-581
1998.I	39172	22288	21962	9206	9276	-541
1998.II	43610	24813	23483	9627	9640	-438
1998.III	41195	23439	24289	10253	10233	-555
1998.IV	41914	23848	26657	10077	10011	-522
1999.I	40288	23161	28456	8447	8616	-520
1999.II	45303	26044	29007	9004	9001	-532
1999.III	42533	24451	31122	9615	9716	-465
1999.IV	45755	26304	34499	10575	10532	-751
2000.I	44912	26144	34418	9339	9556	-624
2000.II	48813	28415	34987	9449	9373	-615
2000.III	45746	26630	36065	9195	9109	-516
2000.IV	45953	26750	37075	9599	9570	-834
2001.I	44678	26034	36974	8503	8731	-931
2001.II	45398	26453	37097	8400	8520	-863
2001.III	49307	28731	36776	8545	8569	-515
2001.IV	48928	28510	36701	9295	9310	-769
2002.I	45195	26746	36811	7857	8128	-912
2002.II	54026	31973	37683	8059	8337	-877
2002.III	48730	28828	39071	8694	8994	-903
2002.IV	50704	30006	38142	9345	9668	-789
2003.I	49246	28996	38257	8643	8942	-884
2003.II	56700	33384	39163	8649	8949	-841
2003.III	51321	30217	40602	9294	9617	-889
2003.IV	53479	31487	39634	9894	10238	-748
	Banco Central de la Reserva del Perú Series Estadísticas	Banco Central de la Reserva del Perú Series Estadísticas	IMF International Financial Statistics	IMF International Financial Statistics	Banco Central de la Reserva del Perú Series Estadísticas	Banco Central de la Reserva del Perú Series Estadísticas

Venezuela

DATOS PARA ECONOMETRÍA (millones de bolívares 1984)				
TRIMESTRES	PIB	PIB SERVICIOS	IED IFS (millones de dólares)	FBKF BCRP
1994.I	136122	96942	1468	233.972
1994.II	134072	95482	1468	230.448
1994.III	136293	97064	1468	234.266
1994.IV	138600	98707	1468	238.231
1995.I	141501	100773	1693	243.217
1995.II	139372	99257	1693	239.558
1995.III	141677	100898	1693	243.520
195.IV	144077	102607	1693	247.645
1996.I	141236	92853	1716	511.346
1996.II	139109	91454	1734	503.644
1996.III	141412	92968	1755	511.982
1996.IV	143008	94544	1777	520.657
1997.I	141880	100640	1799	958.270
1997.II	150748	106931	1821	1.018.165
1997.III	154963	109921	1843	1.046.635
1997.IV	153560	108926	1866	1.037.162
1998.I	155853	119963	1889	1.447.624
1998.II	153486	118142	1912	1.425.645
1998.III	147024	113168	1935	1.365.621
1998.IV	146473	112744	1959	1.360.502
1999.I	142791	108593	1983	1.395.914
1999.II	142015	108003	2007	1.388.329
1999.III	140637	106955	2032	1.374.856
1999.IV	140274	106658	2057	1.371.039
2000.I	144540	104485	2082	1.656.424
2000.II	146111	105621	2107	1.674.432
2000.III	145081	104876	2133	1.662.630
2000.IV	147986	106976	2159	1.695.920
2001.I	150751	114450	2186	2.163.075
2001.II	151021	114655	2212	2.166.952
2001.III	149251	113311	2239	2.141.560
2001.IV	149087	113186	2267	2.139.195
2002.I	145599	106291	2295	2.301.691
2002.II	137614	100462	2323	2.175.458
2002.III	140353	102461	2351	2.218.756
2002.IV	124160	90640	2380	1.962.770
2003.I	105227	74870	2409	1.663.478
2003.II	124626	88673	2439	1.970.146
2003.III	129959	92467	2469	2.054.457
2003.IV	135278	96251	2499	2.138.529
	Banco Central de la RBV	Banco Central de la RBV	IMF International Financial Statistics	Banco Central de la RBV



Implicaciones en Dumping y Subsidios

Angela Orozco

Las opiniones del consultor no reflejan la posición de la Secretaría General ni del BID.

Este informe final consta de las siguientes partes:

1. Compatibilidad de la Decisión 283 con las disposiciones del Acuerdo Antidumping de la OMC.
2. Impacto de que la Unión Aduanera de la Comunidad Andina sea notificada por el Artículo XXIV del GATT de 1947 frente al dumping de terceros países.
3. Impacto de la normativa andina en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio entre los países andinos y los Estados Unidos.
4. Interpretación y evolución de los temas en las discusiones OMC.
5. Conclusiones.

1. COMPATIBILIDAD DE LA DECISIÓN 283 CON LAS DISPOSICIONES DEL ACUERDO ANTIDUMPING DE LA OMC

Teniendo en cuenta lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 35-AN-2003, se examinó la Decisión 283 y se comparó con las disposiciones del Acuerdo Antidumping de la OMC. Lo anterior se realizó precisamente porque la Decisión 283 está vigente en lo que hace relación al dumping a favor de un tercer país, y la sentencia del Tribunal Andino de Justicia mencionada hizo referencia explícitamente a la aplicabilidad de la Decisión 283, independientemente de su compatibilidad con las reglas del Código Antidumping de la OMC.

En ese sentido, se consideró fundamental hacer un análisis de los aspectos de la Decisión 283 que podrían eventualmente estar en contravía con lo previsto por el Código Antidumping de la OMC, y para efectos de evaluar los riesgos que esto implicaría.

De la comparación entre ambas legislaciones se concluye lo siguiente:

- La Decisión 283 señala las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping o subsidios cuando éstas son originadas en el territorio de otro país miembro y cuando las prácticas son originadas en el territorio de un país de fuera de la subregión.
- Las disposiciones contenidas en la Decisión 456 modifican las normas contenidas en la Decisión 283.
- La Decisión 456 sustituye a la Decisión 283 en lo que se refiera a normas para corregir las distorsiones en la competencia que son el resultado de prácticas de dumping en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina.
- Por consiguiente, la Decisión 283 continúa vigente en lo que se refiere a prácticas de dumping provenientes de terceros países.

De una lectura atenta de los artículos de la Decisión 283 y su comparación con las reglas OMC se formulan las siguientes recomendaciones:

- Con respecto al marco conceptual de elementos constitutivos de dumping la Decisión 283 se ajusta a las disposiciones del Acuerdo Antidumping de la OMC.
- En la definición del precio de exportación, la Decisión 283 entiende este concepto como el «precio efectivamente pagado o por pagar por el producto vendido para su exportación hacia un País Miembro» (Artículo 5, Decisión 293), mientras el Acuerdo OMC señala que el precio de exportación es el precio con el que un producto ingresa al mercado del país importador. No obstante la diferencia descriptiva, los términos son similares.

- En cuanto a aspectos de procedimiento, podemos mencionar que la Decisión 283 no los detalla ni reglamenta en el sentido en que está en el Acuerdo Antidumping de la OMC, y por consiguiente, la Secretaría General de la Comunidad al realizar el procedimiento podría eventualmente ir en contravía de lo dispuesto por el acuerdo de la OMC.
- Si además tenemos en cuenta el Fallo del Tribunal Andino de Justicia en el proceso 35-AN-2003, según el cual la Secretaría General no tiene que tener en cuenta ninguna normativa diferente a la normativa andina para realizar las investigaciones e imponer los derechos a favor de un tercer país, es más evidente que al aplicar la Decisión 283 se podría eventualmente ir en contravía de las disciplinas multilaterales.
- Por lo anterior, se recomienda realizar los siguientes ajustes en la mencionada Decisión, los cuales además se especifican en el Anexo No. 1 al presente documento:
 - Compaginar el concepto de países con interés legítimo para presentar una solicitud con el concepto de rama de producción nacional. Se recomienda modificar la Decisión 283 para que incluya el concepto de que la solicitud debe hacerse por la rama de producción afectada, tal como lo dispone el artículo 5.1 y 5.4 del Acuerdo Antidumping de la OMC. Se recomienda tener en cuenta los proyectos de modificación de la Decisión 283 elaborados en 1998 y, además, los antecedentes de esa negociación para tener en cuenta las sensibilidades políticas de los países. Este concepto de interés legítimo fue altamente sensible en esos debates.
 - Determinar exactamente las condiciones y requisitos que debe contener la solicitud, de conformidad con lo señalado por el artículo 5.2 del Acuerdo Antidumping de la OMC.
 - Establecer el principio de reserva para la etapa previa al inicio de la investigación, de acuerdo con lo señalado en el Artículo 5.5, toda vez que el principio de confidencialidad de la Decisión 283 cubre únicamente la confidencialidad de documentos aportados en la fase de investigación.
 - Incluir expresamente, las facultades de interpretación e inicio de investigación por parte de la Secretaría General de la CAN de acuerdo con los términos señalados por el Artículo 5.6 del Acuerdo Antidumping de la OMC.
 - La Decisión 283 no establece un margen de dumping de mínimos para que sea considerado un factor de rechazo a la solicitud. Por lo tanto se recomienda establecer una norma en los términos del artículo 5.8 del Acuerdo Antidumping de la OMC.
 - Con respecto a pruebas y plazos se sugieren los siguientes ajustes:
 - Establecer un plazo de 30 días para la respuesta de los exportadores a los cuestionarios, con su respectiva prórroga justificada en los términos del artículo 6.1.1.
 - Señalar el plazo mínimo de 60 días a partir de la fecha de inicio de la investigación para la imposición de medidas provisionales de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 7.3 del Acuerdo Antidumping de la OMC.
 - Tener en cuenta los plazos anteriores para la determinación de la duración de la investigación de acuerdo con lo señalado por el artículo 5.10 del Acuerdo de OMC.
 - En cuanto a confidencialidad de las pruebas recabadas y la información obtenida en ellas, la Decisión 283 debe establecer los principios contenidos en los artículos 6.2, 6.3, 6.4 y 6.5 del Acuerdo de la OMC.
 - La Decisión 283 debe otorgar facultades sancionatorias a la Secretaría de la Comunidad Andina en caso de que una parte interesada niegue el acceso a información necesaria o entorpezca la investigación. Lo anterior de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 6.8.

- Establecer parámetros precisos para la determinación del margen de dumping de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 6.10 del Acuerdo de la OMC.
- Permitir la intervención de terceros como los usuarios industriales, pequeñas empresas y las organizaciones de consumidores de acuerdo con lo señalado en los artículos 6.12 y 6.13 del Acuerdo de la OMC.
- En cuanto a la aplicación de Medidas Provisionales, la Decisión 283 debe establecer un régimen con la exactitud y detalle del artículo 7 del Acuerdo de la OMC.
- Con respecto a Compromisos relativos a precios, la Decisión 283 tiene vacíos en el régimen de su negociación y aceptación. Por consiguiente se recomienda la adopción del texto contenido en el artículo 8 del Acuerdo de la OMC.
- Para los parámetros en el establecimiento de derechos de dumping la Decisión 283 debe seguir los criterios señalados por el artículo 9, en particular los establecidos en los artículos 9.3.1 y 9.3.2.
- La Decisión 283 en materia de retroactividad establece plazos que son ajustados a las disposiciones del artículo 10. Sin embargo se recomienda una regulación específica de acuerdo con los términos del referido artículo.
- En cuanto a duración de los derechos de dumping, la Decisión 283 no establece el término de duración máximo de cinco años de acuerdo con lo señalado por el artículo 11.3 del Acuerdo de la OMC, el cual se recomienda incluir.
- En relación con las medidas antidumping de tercer país, la Decisión 283 debe incorporar una norma igual a la establecida por el artículo 14 del Acuerdo Antidumping de la OMC. Por lo anterior y en aras de hacer concordante las disposiciones del literal d) del Artículo 2 junto con las facultades de investigación que tiene la Secretaría de la Comunidad Andina, se hace necesario incluir una normativa expresa que permita una evaluación extensiva de la producción subregional cuando se trate de dumping a favor de un tercer país, y no solamente la evaluación de las exportaciones al país importador, cuando sea necesario la imposición de derechos antidumping en más de un país miembro.
- Debe incorporarse también la necesidad de solicitar aprobación del Consejo de Mercancías de la OMC cuando la Secretaría determine la imposición de una medida antidumping a favor de un tercer país.
- La publicidad y contenido de las determinaciones adoptadas en el desarrollo de un proceso de dumping deben ceñirse a las disposiciones del artículo 12 del Acuerdo de la OMC.

Ver Anexo No. 1 en el cual se detallan los artículos cuyo contenido se recomienda incorporar en una eventual reforma de la Decisión 283.

2. IMPACTO DE QUE LA UNIÓN ADUANERA DE LA COMUNIDAD ANDINA SEA NOTIFICADA POR EL ARTÍCULO XXIV DEL GATT DE 1947 FRENTE AL DUMPING DE TERCEROS PAÍSES.

El artículo XXIV del GATT de 1947 se refiere a la aplicación territorial del Acuerdo y el régimen del mismo en cuanto a Uniones Aduaneras y Zonas de Libre Comercio.

- LA NOTIFICACIÓN DEL ARTÍCULO XXIV

Bajo las disposiciones del Artículo XXIV las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio son una excepción legítima y permitida al principio cardinal de no discriminación. Esta excepción se justifica en el sentido de que este tipo de acuerdos tienen el potencial de fortalecer la integración económica sin necesariamente afectar los intereses de terceros países.

En este parecer el párrafo 4 del Artículo XXIV señala:

«4. Las partes contratantes reconocen la conveniencia de aumentar la libertad del comercio, desarrollando, mediante acuerdos libremente concertados, una integración mayor de las economías de los países que participen en tales acuerdos. Reconocen también que el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio debe tener por objeto facilitar el comercio entre los territorios constitutivos y no erigir obstáculos al de otras partes contratantes con estos territorios.»

Adicionalmente el párrafo 8 establece las características que deben contener las uniones aduaneras y áreas de libre comercio que en síntesis consisten en la eliminación de aranceles y de otras medidas restrictivas respecto a lo esencial del libre comercio con respecto al territorio constitutivo de la unión o con respecto a los bienes producidos en la región.

El párrafo 7 del Artículo XXIV establece la obligación de notificación en los siguientes términos:

7. a) Toda parte contratante que decida formar parte de una unión aduanera o de una zona de libre comercio, o participar en un acuerdo provisional tendiente a la formación de tal unión aduanera o de tal zona de libre comercio, lo notificará sin demora a las PARTES CONTRATANTES, facilitándoles, en lo que concierne a la unión o zona en proyecto, todas las informaciones que les permitan someter a las partes contratantes los informes y formular las recomendaciones que estimen pertinentes. (El subrayado es nuestro)

Dicha obligación busca asegurar la transparencia de acuerdos que se propongan, pues debido a la duración que tienen y a los efectos sobre el comercio internacional, se pretende evitar obstáculos o dislocaciones entre los países miembros del GATT.

Por otra parte, el Entendimiento de la Ronda Uruguay sobre la interpretación del Artículo XXIV señala en particular:

«7. Todas las notificaciones presentadas en virtud del párrafo 7 a) del artículo XXIV serán examinadas por un grupo de trabajo a la luz de las disposiciones pertinentes del GATT de 1994 y del párrafo 1 del presente Entendimiento. Dicho grupo de trabajo presentará un informe sobre sus conclusiones al respecto al Consejo del Comercio de Mercancías, que podrá hacer a los Miembros las recomendaciones que estime apropiadas.

(...)

11. Las uniones aduaneras y los constituyentes de zonas de libre comercio informarán periódicamente al Consejo del Comercio de Mercancías, según lo previsto por las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 en sus instrucciones al Consejo del GATT de 1947 con respecto a los informes sobre acuerdos regionales (IBDD 18S/42), sobre el funcionamiento del acuerdo correspondiente. Deberán comunicarse, en el momento en que se produzcan, todas las modificaciones y/o acontecimientos importantes que afecten a los acuerdos.»

De las normas transcritas se concluye la obligación que la notificación en virtud del artículo XXI tiene las siguientes consecuencias:

- El deber de facilitar información relacionada con la Unión Aduanera que permita a las partes formular recomendaciones.
- El sometimiento a un proceso de revisión, por un grupo de trabajo que rendirá un informe al Consejo de Comercio de Mercancías, que podrá hacer las recomendaciones más apropiadas.
- La obligación de informar periódicamente al Consejo de Comercio de Mercancías sobre las modificaciones y/o acontecimientos importantes que afecten el acuerdo.

De la investigación realizada, en la actualidad la Comunidad Andina no se encuentra notificada como Unión Aduanera ante la Organización Mundial de Comercio por virtud del Artículo XXIV del GATT.

- LA CLÁUSULA HABILITANTE (THE ENABLING CLAUSE)

La Cláusula Habilitante, adoptada mediante Decisión Ministerial del 28 de noviembre de 1979, constituye un instrumento excepcional, por el cual es legítimo conceder un trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación a los países en desarrollo, en oposición al principio de la cláusula de Nación Más Favorecida, establecida por el Artículo I del GATT.

La Cláusula Habilitante contiene los siguientes términos:

1. No obstante las disposiciones del artículo primero del Acuerdo General, las partes contratantes podrán conceder un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo¹, sin conceder dicho trato a las otras partes contratantes.

2. Las disposiciones del párrafo 1 se aplicarán²:

(...)

c) a los acuerdos regionales o generales concluidos entre partes contratantes en desarrollo con el fin de reducir o eliminar mutuamente los aranceles y, de conformidad con los criterios o condiciones que puedan fijar las PARTES»

Nota del Consultor: Estos acuerdos pueden ser celebrados entre países desarrollados y países en desarrollo o entre países en desarrollo entre sí.

3. Todo trato diferenciado y más favorable otorgado de conformidad con la presente cláusula:

- a) Estará destinado a facilitar y fomentar el comercio de los países en desarrollo y no a poner obstáculos o a crear dificultades indebidas al comercio de otras partes contratantes;
- b) No deberá constituir un impedimento para la reducción o eliminación de los aranceles y otras restricciones del comercio con arreglo al principio de la nación más favorecida;
- c) Deberá, cuando dicho trato sea concedido por partes contratantes desarrolladas a países en desarrollo, estar concebido y, si es necesario, ser modificado de modo que responda positivamente a las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo.»

Sobre la obligación de notificación de medidas adoptadas en virtud del contenido de la Cláusula Habilitante, la Decisión Ministerial que la contiene, señala:

4. Toda parte contratante que proceda a adoptar disposiciones al amparo de lo previsto en los párrafos 1, 2 y 3 o que proceda después a modificar o retirar el trato diferenciado y más favorable así otorgado:⁴

- a) lo notificará a las PARTES CONTRATANTES y les proporcionará toda la información que estimen conveniente sobre las medidas que haya adoptado;
- b) se prestará debidamente a la pronta celebración de consultas, a petición de cualquier parte contratante interesada, respecto de todas las dificultades o cuestiones que puedan surgir. En el caso de que así lo solicite dicha parte contratante, las PARTES CONTRATANTES celebrarán consultas sobre el asunto con todas las partes contratantes interesadas, con objeto de alcanzar soluciones satisfactorias para todas esas partes contratantes.»

¹ Debe entenderse que la expresión «países en desarrollo», utilizada en este texto, comprende también a los territorios en desarrollo.

² Las PARTES CONTRATANTES conservan la posibilidad de considerar caso por caso, de conformidad con las disposiciones del Acuerdo General sobre acción colectiva, todas las propuestas sobre trato diferenciado y más favorable que no estén comprendidas dentro del alcance de este párrafo.

De las normas citadas se concluye que la aplicación de una excepción al principio de Nación Más Favorecida, en virtud de la Cláusula Habilitante, tiene las siguientes consecuencias:

- La obligación de notificar a las partes contratantes la aplicación del trato diferencial, suministrando la información que estime conveniente.
- La disponibilidad a celebrar consultas respecto de las dificultades o cuestiones que puedan surgir por aplicación de la excepción.

En virtud de lo expuesto anteriormente, la diferencia de notificaciones por Artículo XXIV y por Cláusula Habilitante consisten en:

- La notificación por artículo XXIV busca preservar una armonía, con las disposiciones del GATT, en las obligaciones de los países que han sido adquiridas en virtud de una Unión aduanera o un área de libre comercio, sin importar el grado de desarrollo de los países constitutivos.
- La notificación por Cláusula Habilitante busca que las excepciones legítimas al principio de nación más favorecida se encuentren encaminadas a favorecer a los países en desarrollo y este trato diferencial se instrumente por medio de acuerdos regionales que se celebren con el fin de eliminar o reducir mutuamente aranceles.
- La notificación por artículo XXIV hace que las decisiones adoptadas se encuentren sometidas a un mayor grado de supervisión por parte de los órganos institucionales de la Organización Mundial de Comercio.
- La notificación por Cláusula Habilitante otorga un mayor rango de flexibilidad en la aplicación y sólo impone la obligación de realizar consultas sobre las dificultades que se puedan presentar entre las partes.

De la investigación realizada y según el listado de acuerdos notificados a 18 de noviembre de 2004 en la Organización Mundial de Comercio, la Comunidad Andina se notificó el 12 de octubre de 1992, no como una unión aduanera, sino como un acuerdo preferencial en virtud de la Cláusula de Habilitación.

Se presenta como Anexo No. 2 al presente documento el cuadro bajado directamente de los archivos de la Organización Mundial del Comercio, el cual refleja la situación descrita en el párrafo anterior. Si bien dentro del debate celebrado en la reunión del 13 de diciembre pasado los comentaristas expresaron que la Comunidad Andina había sido notificada como Unión Aduanera por virtud de la cláusula habilitante, y no como acuerdo preferencial, el único documento al que tuvimos acceso de los archivos de la OMC fue el anexo que mencionamos. En todo caso, la Comunidad Andina ha sido notificada por Cláusula Habilitante y no por virtud del Artículo 24.

- LA NOTIFICACIÓN DE LA UNIÓN ADUANERA FRENTE AL ACUERDO ANTIDUMPING DE LA OMC.

El Acuerdo Antidumping de la OMC, en sus artículos 4.2 y 4.3 señala lo siguiente:

«4.2 Cuando se haya interpretado que «rama de producción nacional» se refiere a los productores de cierta zona, es decir, un mercado según la definición del párrafo 1, apartado ii), los derechos antidumping sólo se percibirán sobre los productos de que se trate que vayan consignados a esa zona para consumo final. Cuando

⁴ Estas disposiciones se entienden sin perjuicio de los derechos de las partes contratantes de conformidad con el Acuerdo General.

el derecho constitucional del Miembro importador no permita la percepción de derechos antidumping en estas condiciones, el Miembro importador podrá percibir sin limitación los derechos antidumping solamente si: a) se ha dado a los exportadores la oportunidad de dejar de exportar a precios de dumping a la zona de que se trate o de dar seguridades con arreglo al artículo 8 y no se han dado prontamente seguridades suficientes a este respecto, y si b) dichos derechos no se pueden percibir únicamente sobre los productos de productores determinados que abastezcan la zona en cuestión.

4.3 Cuando dos o más países hayan alcanzado, de conformidad con las disposiciones del apartado a) del párrafo 8 del artículo XXIV del GATT de 1994, un grado de integración tal que ofrezcan las características de un solo mercado unificado, se considerará que la rama de producción de toda la zona integrada es la rama de producción nacional a que se refiere el párrafo 1.

Como se señaló anteriormente, el párrafo 8 del Artículo XXIV señala las características que debe reunir una unión aduanera.

De esta manera, dentro de un proceso de investigación por dumping y para la determinación de la rama de producción nacional según el artículo 4 del acuerdo antidumping, podrá tenerse en cuenta la rama de producción de una región entera cuando dos o más países hayan alcanzado un grado de integración tal que se ofrezcan las características de un mercado unificado en los términos del apartado a) del párrafo 8 del artículo XXIV, es decir, de una unión aduanera.¹

La norma citada sólo contempla la condición de reunir las características de una Unión Aduanera. No establece obligación adicional de que la Unión Aduanera se encuentre notificada por la Cláusula Habilitante o por los procedimientos del Artículo XXIV. Por lo tanto, los requerimientos del Acuerdo Antidumping de la OMC en esta materia son independientes de las notificaciones exigidas por el Artículo XXIV del GATT y la Cláusula habilitante.

No obstante lo anterior, es importante mencionar que este tema está siendo objeto de discusión al interior de la OMC. De hecho, en el documento G/ADP/M/25, que contiene el Acta de la reunión ordinaria del Comité Antidumping del 23 y 24 de octubre de 2003, se presenta un debate sobre el tema, entre la Unión Europea y los países andinos, al discutir el derecho antidumping a las importaciones de sorbitol procedentes de Francia.

A continuación incluimos el texto de la discusión:

« Comunidades Europeas - Derecho antidumping impuesto por la Comunidad Andina al sorbitol procedente de Francia

3. El delegado de las Comunidades Europeas observa que esta cuestión se refiere a un derecho antidumping impuesto por la Comunidad Andina al sorbitol procedente de Francia. En agosto de 2002, la Comunidad Andina inició una investigación antidumping sobre las importaciones de sorbitol originarias de Francia, tras la presentación de una reclamación por Indumaíz del Ecuador SA, único productor de sorbitol en la Comunidad Andina. El caso guarda relación con las ventas francesas a clientes de Colombia y Venezuela. El 15 de mayo de 2003, la Secretaría General de la Comunidad Andina decidió imponer un derecho antidumping definitivo de 70 dólares EE.UU. por tonelada de sorbitol importada.

4. Las CE han expresado en diferentes ocasiones sus dudas sobre la compatibilidad de ese procedimiento con las normas de la OMC. Las principales reservas son las siguientes:

¹ En la cual los derechos y otras regulaciones restrictivas del comercio se eliminan con relación a sustancialmente todo el comercio entre los territorios miembros de la unión o por lo menos con relación a sustancialmente todo el comercio en los productos originarios de esos territorios... y sustancialmente todos los derechos y otras regulaciones del comercio se aplican por cada miembro de la Unión Aduanera al comercio de los territorios no incluidos en la Unión.

- No cabe considerar que la Comunidad Andina sea una unión aduanera, ya que no parecen cumplirse los requisitos establecidos en el apartado a) del párrafo 8 del artículo XXIV del GATT: el Perú no se ha adherido aún al Acuerdo sobre el Arancel Externo Común y, según las informaciones de las CE, los demás Miembros no aplican ese Arancel a un gran número de productos.
- En cuanto al producto en litigio, no está sujeto al Arancel Externo Común, ya que el Ecuador y Colombia aplican un 15 por ciento de ese Arancel, Venezuela y Bolivia un 10 por ciento, y el Perú un 4 por ciento.
- Sólo dos de los cinco Miembros (Ecuador y Venezuela) han notificado la Decisión N° 283/1991 al Comité de Prácticas Antidumping de la OMC, con arreglo a lo dispuesto en el Acuerdo Antidumping.

5. Las CE han expuesto ya anteriormente sus razonamientos en este Comité, pero, hasta ahora, no han recibido una respuesta adecuada de los miembros de la Comunidad Andina. Igualmente inadecuada ha sido la respuesta a estas críticas facilitada por la Comunidad Andina en su determinación definitiva.

6. Este asunto plantea una importante cuestión sistémica, es decir, la utilización de «supuestas» uniones aduaneras para justificar la protección mediante medidas antidumping de productores establecidos en determinado país frente a las importaciones a terceros mercados. Según parece, las medidas se imponen en este caso para proteger a los productores del Ecuador frente a la competencia en mercados de terceros países (Colombia y Venezuela). En tales circunstancias, las medidas sólo pueden imponerse en las condiciones previstas en el artículo 14 del Acuerdo Antidumping o si la Comunidad Andina es una unión aduanera. Las CE están convencidas de que no es ése el caso. Por consiguiente, la imposición de tales medidas constituye una clara infracción de las normas de la OMC.

7. Por último, las CE desean subrayar que, por las razones sistémicas expuestas, ésta es una cuestión que debería interesar a todos los Miembros, y las CE desearían oír las opiniones de otros al respecto.

8. La delegada de Colombia agradece a las Comunidades Europeas su interés en la investigación iniciada por la Comunidad Andina, y recuerda que, en la anterior reunión de este Comité, las Comunidades formularon preguntas en el marco del punto «Otros asuntos». Colombia respondió a esas preguntas, así como a las formuladas en una comunicación dirigida por las Comunidades a la Misión de Colombia. Tras transmitir su respuesta a las Comunidades Europeas, Colombia no ha recibido ninguna solicitud de nueva información, por lo que entiende que la información facilitada es suficiente. No obstante, la delegada desea aclarar que la resolución de la Comunidad Andina no tiene carácter supranacional y, en consecuencia, sólo puede dar lugar a la imposición de un derecho antidumping si es adoptada por cada uno de los países andinos a título individual. Colombia no ha adoptado ninguna resolución de ese tipo, por lo que la medida no es aplicable en su territorio.

9. La delegada observa que, según parece, las Comunidades Europeas desean que el Comité examine el ámbito de aplicación del párrafo 8 del artículo XXIV del GATT, y piden a los Miembros del Comité que determinen el alcance que han de dar los Miembros a la obligación de aplicar a los territorios no incluidos en una unión aduanera derechos de aduana y demás reglamentaciones que, en sustancia, sean idénticos. Colombia considera que este Comité no es el foro adecuado para que los Miembros deliberen sobre la interpretación de esa cuestión.

10. Para terminar, Colombia muestra su sorpresa por la injustificada rigidez con que las Comunidades interpretan los compromisos multilaterales de Colombia, en contraste con la creatividad, imaginación y flexibilidad que manifiestan con respecto a las decisiones antidumping que adoptarán a raíz de su ampliación de 15 a 25 Estados miembros.

11. El delegado del Ecuador agradece también a la Delegación de las Comunidades Europeas el interés mostrado en el caso del sorbitol. El Ecuador está sustancialmente de acuerdo con las observaciones de Colombia y considera también que este Comité no es un foro apropiado para debatir si la Comunidad Andina es o no una unión aduanera. En realidad, el Ecuador considera que la definición de unión aduanera enunciada en el apartado a) del párrafo 8 del artículo XXIV del GATT de 1994 no contiene el requisito de que los miembros deban mantener un arancel externo común para todos los productos, y exige simplemente que «cada uno de los miembros de la unión aplique al comercio con los territorios que no estén comprendidos en

ella derechos de aduana y demás reglamentaciones del comercio que, en substancia, sean idénticos». Por otra parte, ni el párrafo 3 del artículo 4 del Acuerdo Antidumping de la OMC ni el apartado a) del párrafo 8 del artículo XXIV del GATT de 1994 imponen a los Miembros que traten de actuar como grupo al imponer medidas antidumping, la obligación de aplicar el mismo arancel al 100 por ciento del universo arancelario; ni les exigen que apliquen el mismo arancel a las importaciones del producto objeto de la investigación.

12. Con respecto a la Decisión 283, puesta en tela de juicio por las Comunidades Europeas, debe entenderse, como ha explicado la delegada de Colombia, que esa Decisión no contiene normas obligatorias en que se exija a los órganos de la Comunidad Andina o las autoridades nacionales de sus Estados miembros que actúen de forma incompatible con los Acuerdos de la OMC pertinentes. Por el contrario, la Decisión 283 contiene normas opcionales que pueden interpretarse de forma compatible con los Acuerdos de la OMC. Esta ha sido la interpretación aplicada en todo momento por la Secretaría General de la Comunidad Andina en sus investigaciones antidumping respecto de mercancías originarias de Estados Miembros de la OMC.

13. Por último, como las Comunidades Europeas han dado a entender directamente que esta medida constituye un intento de proteger a los productores ecuatorianos, es necesario explicar, con respecto a los temores a que la Secretaría General de la Comunidad Andina imponga medidas antidumping a las importaciones de sorbitol cristalizado y no cristalizado procedentes de empresas de las Comunidades Europeas, que el Ecuador no aplica actualmente medidas que afecten a las importaciones de ese producto en el mercado andino.

14. La delegada del Perú expresa su apoyo a las observaciones de las delegaciones de Colombia y del Ecuador. El Perú coincide en que este Comité no es el foro adecuado para debatir si la Comunidad Andina constituye una unión aduanera. El Perú se muestra también de acuerdo con las observaciones del Ecuador acerca del artículo XXIV del GATT de 1994. El Perú desea también realizar otra observación sobre la cuestión planteada por las Comunidades Europeas en relación con la información sobre el arancel externo común. El Perú aplica ya el 64 por ciento de ese arancel. Se ha asumido el compromiso de examinar y evaluar las perspectivas de pleno cumplimiento para el final del año. Por último, la delegada confirma, al igual que han hecho anteriormente los otros dos miembros de la Comunidad Andina, que ningún país miembro ha notificado la aplicación de los derechos antidumping a que se ha hecho referencia.

15. El delegado de Bolivia agradece también a las Comunidades Europeas su interés. Al tiempo que hace suyas las afirmaciones de los oradores que le han precedido en el uso de la palabra, informa a los Miembros de que Bolivia no ha publicado ninguna resolución sobre esa materia, por lo que esa medida no se aplica en su país.»²

Como se puede observar, éste sigue siendo un tema de debate en el seno de la OMC, pero precisamente por ello se debe continuar con la defensa de la argumentación planteada anteriormente, en el sentido de que la provisión del Artículo 4 del Acuerdo Antidumping de la OMC y la del Artículo 14, nos permite aplicar derechos antidumping en defensa de un mercado regional independientemente de si la unión aduanera hubiese sido notificado o por el Artículo XXIV o por la Cláusula de Habilitación.

- DE LAS AUTORIDADES Y LA REGULACIÓN COMPETENTE PARA REALIZAR LAS INVESTIGACIONES E IMPONER DERECHOS A LA LUZ DEL ACUERDO ANTIDUMPING

Por otra parte, los artículos 16.4 y 16.5 del Acuerdo Antidumping de la OMC señalan lo siguiente:

«16.4 Los Miembros informarán sin demora al Comité de todas las medidas antidumping que adopten, ya sean preliminares o definitivas. Esos informes estarán a disposición en la Secretaría para que puedan examinarlos los demás Miembros. Los Miembros presentarán también informes semestrales sobre todas las medidas antidumping que hayan tomado durante los seis meses precedentes. Los informes semestrales se presentarán con arreglo a un modelo uniforme convenido.

16.5 Cada Miembro notificará al Comité: a) cuál es en él la autoridad competente para iniciar y llevar a cabo las investigaciones a que se refiere el artículo 5 y b) los procedimientos internos que en él rigen la iniciación y desarrollo de dichas investigaciones.»

² El subrayado es nuestro.

De la norma citada se deduce que los Miembros notificarán al Comité de Prácticas Antidumping de la OMC (i) las medidas preliminares o definitivas que adopten, (ii) la autoridad competente para llevar a cabo investigaciones, y (iii) los procedimientos internos que rigen la iniciación y desarrollo de las investigaciones.

De lo anterior se concluye que cada uno de los países miembros de la Comunidad Andina deben notificar al Comité de Prácticas Antidumping de la OMC sobre:

- (I) La Secretaría de la Comunidad Andina, como autoridad competente en su territorio para llevar a cabo investigaciones por dumping, y
- (II) La Decisión 283 y sus modificaciones, como procedimientos internos que rigen la iniciación y desarrollo de las investigaciones por dumping en los casos previstos por esta.

No realizar estas notificaciones expone a cada uno de los países miembros al riesgo de que un tercer país active el mecanismo de solución de controversias del Acuerdo Antidumping de la OMC, por violación a las normas del Acuerdo, cuando la Secretaría General de la Comunidad Andina imponga un derecho antidumping a dicho tercer país y éste considere que la Secretaría de la CAN y los procedimientos regionales en materia antidumping, no se encuentran autorizados en el ámbito del Acuerdo de Antidumping de la OMC por no estar debidamente notificados.

Es importante anotar que existe un debate en la OMC acerca de la viabilidad de la existencia de autoridades regionales para realizar investigaciones y determinar derechos antidumping. Hay países que consideran que las normas actuales no lo prevén. De hecho, en las propuestas de modificación al Acuerdo Antidumping que se han presentado por los países en el último año, encontramos cómo EE.UU. ha inclusive manifestado la posibilidad de la existencia de autoridades regionales en los países en desarrollo. Ver documento TW/RL/W/153 del 26 de abril de 2004. A continuación se presenta el extracto del documento que hace referencia a lo anterior:

«1. Small Economies - Regional Authorities

In previous submissions to the Rules Negotiating Group the United States raised the issue of establishing regional trade remedy authorities in order to take into account the needs of developing and least-developed Members. The United States noted that a proposal was raised within the Work Programme on Small Economies of the Committee on Trade and Development, recognizing that small economies that do not have the resources to maintain a «competent authority» can designate a regional body as their competent authority.

In identifying this issue, the United States suggested that the Group consider how such a regional authority might function, and discuss any changes to the ADA and the ASCM that may be necessary. The idea of explicitly authorizing Members to designate regional authorities to help reduce the costs involved in investigations, and assist developing and least-developed Members, is an issue that deserves further consideration. The United States believes this Group can benefit from a greater understanding of how regional authorities might function and would look to other Members' experience to help provide that understanding.

The United States offers some initial questions to the Group in hopes of gaining a greater understanding of how a regional authority might function. Would the regional authorities conduct all aspects of trade remedy proceedings on behalf of individual Members? Do regional trade authorities collect the duties for all Members or are the national authorities responsible for collection? Would investigations filed with such an authority examine imports and the domestic industry with respect to a single Member or with respect to all regional Members? If measures are taken, do they apply to imports into a single Member or into all regional Members? These are just a few questions that may help to prompt constructive discussions as to how regional authorities should function and what changes to the ADA and ASCM, if any, would be required.»

De una lectura atenta de este documento, es claro que hay una inferencia por parte de Estados Unidos de que actualmente no se aceptan autoridades regionales para efectos del desarrollo de investigaciones en materia de dumping.

En todo caso, no existe una decisión de ningún órgano de la OMC sobre la materia, y en tanto no exista, no se debe adoptar una posición a favor de estos países. Por el contrario, es nuestra opinión que la interpretación sistémica de los artículos 4, 14 y 16 del Acuerdo Antidumping de la OMC permite claramente la existencia de:

- Derechos antidumping para proteger un mercado subregional cuando existe una unión aduanera
- Derechos antidumping a favor de un tercer país en el caso de mercados integrados o uniones aduaneras
- La existencia de autoridades regionales cuya competencia sea la preservación de las condiciones de competencia en los mercados integrados como uniones aduaneras.

3. IMPACTO DE LA NORMATIVA ANDINA EN LAS NEGOCIACIONES DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LOS PAÍSES ANDINOS Y LOS ESTADOS UNIDOS.

3.1 CONVENIENCIA DE UNA NORMATIVA ANDINA CON TERCEROS PAÍSES EN MATERIA DE DUMPING PARA LAS NEGOCIACIONES COMERCIALES CON TERCEROS.

En primer lugar tenemos que analizar la relación existente entre la normativa andina para prevenir prácticas de dumping de terceros países que impactan el mercado regional andino y los acuerdos del libre comercio que los países andinos firmen con terceros.

Lo primero que habría que analizar es para qué existe la normativa andina en mención. Su objetivo fundamental es preservar la competencia leal en el mercado regional, y esto no se lograría si no existiera tanto la legislación andina como la instancia andina a cargo de la implementación de la legislación.

En la práctica, si un país andino está siendo objeto de prácticas de dumping desde un tercer país, esto evidentemente puede afectar el mercado subregional andino y, por ende, dar al traste con muchos años de esfuerzo de los exportadores de la subregión. Evidentemente, si no existe producción nacional en el país que está siendo objeto de la práctica, es muy probable que los importadores y otros agentes interesados en el negocio, se opongan a la imposición de derechos antidumping o medidas compensatorias para preservar los avances de la integración andina, y sus autoridades los acompañarán en ese cometido.

Así las cosas, la única forma de proteger ese mercado subregional andino es precisamente mantener una legislación andina para prevenir el dumping a favor de un tercer país andino, y en consecuencia, del mercado subregional. Luego este debe ser el objetivo fundamental de esta legislación y su razón de ser. La escasa voluntad política de los países en algunos casos, hace relevante la existencia de esta legislación que permite tutelar el mercado subregional andino.

Un Acuerdo de libre comercio de varios países andinos con terceros países, como el Acuerdo CAN – MERCOSUR, o el TLC EE.UU. – Ecuador, Perú y Colombia, no hace sino profundizar los riesgos que existen para el mercado subregional, al exponer la producción regional y las exportaciones intra- andinas a la competencia de terceros países sin aranceles y otras restricciones a las importaciones de los países del MERCOSUR y EE.UU. Y esto se hará aún más evidente cuando se negocien acuerdos con otras regiones, tal como aparece en la agenda de la integración actual.

3.2 INTERACCIÓN DE LA NORMATIVA ANDINA DE DUMPING A FAVOR DE UN TERCER PAÍS Y LOS ACUERDOS BILATERALES DE LIBRE COMERCIO.

Ahora analicemos la interacción de las normas de dumping de la Comunidad Andina con lo negociado en un Acuerdo de Libre Comercio, en adelante, TLC.

La mayoría de los TLCs que se suscriben entre los países remiten a la legislación interna y a las autoridades de cada país para efectos de corregir las prácticas de competencia desleal (dumping, entre otros) en el comercio bilateral. En algunos TLCs existe un capítulo sobre medidas antidumping y derechos compensatorios, capítulo en el cual lo que se busca es establecer unas disciplinas mínimas a las que tiene que regirse cada país para efectos de realizar una investigación de esta naturaleza e imponer unos derechos antidumping o compensatorios.

Independientemente de si se incluyen o no disciplinas que vayan más allá de los Acuerdos respectivos en la OMC, lo que es evidente es que los países se comprometen a notificar las autoridades encargadas de las investigaciones y su reglamentación sobre el particular. Esta es precisamente la propuesta en el ALCA por parte de México³ y también se deriva de una lectura atenta del Código Antidumping de la OMC.

En razón a lo anterior podemos analizar los escenarios de interacción entre la posibilidad de imponer medidas antidumping por la Secretaría General de la CAN en defensa del mercado subregional y los TLCs suscritos por los países andinos, particularmente el TLC con EE.UU.

- PRIMER ESCENARIO: TLC NO MENCIONA EL TEMA Y LO REMITE EXPRESAMENTE A LA LEGISLACIÓN INTERNA

En este escenario, podríamos decir, que tanto las legislaciones antidumping de los países, como las Decisiones 456, 457 y 283 en lo referente al dumping a favor de un tercer país, es la legislación interna de los países que están negociando el TLC por su carácter supranacional de norma andina.

Por lo tanto, en relación con el Acuerdo de Libre Comercio, consideramos que no podría cuestionarse la actuación de la Secretaría General de la CAN en este particular. En este entendido, la Secretaría General podría iniciar una investigación por prácticas de dumping de EE.UU. hacia el Perú, si esto perjudica las exportaciones de Colombia y Ecuador hacia Perú.

Esto sucede siempre al interior del Acuerdo Bilateral entre los países andinos y EE.UU, pues siempre queda la inquietud de si este tipo de medidas no sería cuestionable a la luz

³ Documento FTAA.ngadcv/w/68/Rev.6, 11 de marzo de 2002

del artículo 16.5 del Código Antidumping de la OMC en la medida en que la mayoría de los países andinos no han notificado ni las Decisiones 456, 457 y 283 como la legislación pertinente (los procedimientos para iniciación y desarrollo de la investigación) ni a la Secretaría General de la CAN como autoridad competente para iniciar y llevar a cabo las investigaciones ante el Comité de Medidas Antidumping de la OMC. En concepto del consultor, este es un riesgo grande que hoy se está corriendo por no haber realizado estas notificaciones.

- SEGUNDO ESCENARIO: SE NEGOCIA UN CAPÍTULO DE DUMPING QUE EXIGE UNOS ESTÁNDARES MÍNIMOS Y QUE SE NOTIFIQUE AL COMITÉ RESPECTIVO TANTO LA AUTORIDAD INVESTIGADORA EN CADA PAÍS COMO LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL.

Este es el escenario del artículo 16.5 del Código Antidumping de la OMC y del Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte o Nafta. En este escenario es fundamental que los países notifiquen expresamente tanto su legislación de dumping y de medidas compensatorias como a la Secretaría General como su autoridad para implementar estos temas. Si esta notificación no se produce, a pesar de preverla en el Acuerdo, lo más probable es que la actuación de la Secretaría General, iniciando una investigación e imponiendo un derecho por exportaciones de EE.UU. hacia un país andino, sea objeto de conflicto entre EE.UU. y el país afectado por la medida, y que por ello el país andino afectado pueda ser llevado a un panel de solución de diferencias dentro del Acuerdo Bilateral por incumplimiento de las obligaciones del mismo (sea por violación de los estándares mínimos definidos en el Acuerdo o porque no se considera a la Secretaría General de la CAN como autoridad competente, ni la Decisión 283 como la reglamentación a aplicar). Esto lo que haría sería hacer mucho más compleja la viabilidad de la Decisión 283 sobre dumping en favor de un tercer país, pues evidentemente el país andino importador no va a arriesgarse a sufrir una sanción por parte de EE.UU. por esta materia.

En otras palabras, si la Secretaría General actúa en defensa de un país andino e impone un derecho antidumping en otro país andino, en defensa del mercado subregional, entraríamos en el siguiente conflicto:

- Si el país importador acepta imponer la medida antidumping que impuso la Secretaría General contra EE.UU, EE.UU. lo podría llevar a un panel de solución de diferencias dentro del TLC y eventualmente éste podría condenar al país andino importador por incumplimiento de las obligaciones del TLC, autorizando a EE.UU. a sancionar comercialmente al país que ha puesto la medida si no acata la decisión del Panel de Arbitros.
- Si el país importador no acata la decisión de la Secretaría General (caso más factible teniendo en cuenta los antecedentes en esta materia a nivel andino), entonces el país andino exportador afectado y la Secretaría General podrían acudir al Tribunal Andino de Justicia para demandar el incumplimiento del país importador. En este caso, el Tribunal podría condenar al país andino importador y podría autorizar al país andino exportador para retirar concesiones equivalentes al perjuicio sufrido, en caso de que el país importador no acate la decisión del Tribunal.

Como se puede apreciar, este sería el peor de los escenarios pues dejaríamos la defensa del mercado subregional a una evaluación del país importador de la consecuencia de su actuación, pues simplemente evaluaría el impacto de la eventual sanción de EE.UU. frente a la del país andino respectivo, y así escogería el riesgo a asumir.

Por consiguiente, para apoyar la consolidación de la defensa del mercado subregional por parte de la Secretaría General, en esta alternativa es fundamental que dentro del Acuerdo o TLC quede expresamente consagrada esta posibilidad, sea porque se notifica como autoridad responsable para hacer las investigaciones e imponer los derechos por parte de los países andinos, o sea porque queda expresamente consagrado en los textos del Acuerdo.

De esta manera no existe el riesgo que la medida adoptada por la Secretaría General quede sujeta al mecanismo de solución de diferencias del TLC sólo por su naturaleza y existencia, sino eventualmente por violación de los estándares mínimos previstos en el Acuerdo.

- TERCER ESCENARIO: NO SE NEGOCIA UN CAPÍTULO DE DUMPING PERO SÍ UN ARTÍCULO QUE EXIGE QUE SE NOTIFIQUE AL COMITÉ RESPECTIVO TANTO LA AUTORIDAD INVESTIGADORA EN CADA PAÍS COMO LA REGLAMENTACIÓN NACIONAL.

En este tercer escenario la situación es similar al segundo escenario, sólo que las razones por las cuales eventualmente EE.UU. puede llevar a un país andino al mecanismo de solución de diferencias del Acuerdo Bilateral por la actuación de la Secretaría General de la CAN, son más restringidas. Exclusivamente, el que el proceso se hubiese realizado por una autoridad no competente según el Acuerdo y utilizando una reglamentación no aprobada. No podría alegar violación de estándares mínimos que son inexistentes en el Acuerdo.

Por lo tanto, si este es el escenario escogido, es fundamental notificar a la Secretaría General como autoridad investigadora y las Decisiones Andinas como parte de la reglamentación nacional.

4. INTERPRETACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LOS TEMAS EN LAS DISCUSIONES OMC

- SOBRE DURACIÓN DEL PERÍODO DE INVESTIGACIÓN

El Comité de Prácticas Antidumping de la OMC, mediante documento G/ADP/6 del 16 de mayo de 2000, emitió una recomendación sobre los períodos de recolección de datos para investigaciones antidumping.

El Comité emite esta recomendación toda vez que el Acuerdo Antidumping de la OMC no establece un período específico de investigación para examinar el dumping y el daño.

Por lo tanto, el Comité recomienda que para determinar la existencia de dumping y daño como principio general:

- a) Normalmente el período para recolectar información deberá ser de 12 meses y en ningún caso menos de seis meses lo más cercano a la fecha de inicio de la investigación.
- b) El período de recolección de dumping y de investigaciones de ventas por debajo de costo deberán coincidir en la investigación.
- c) El período de recolección de información para determinar el daño normalmente deberá ser de al menos tres años, incluyendo el período de recolección de

datos sobre el dumping. Lo anterior, salvo que el afectado tenga una duración menor.

- d) En todos los casos, las autoridades harán saber a las partes interesadas los términos de recolección de datos y las fechas ciertas para completar la recolección o reunir la información.
- e) En la recolección de datos y en la fijación de los términos, las autoridades deberán tener en cuenta las prácticas contables y financieras sobre disponibilidad de la información u otros factores de acuerdo con las características del producto.
- f) La selección de un determinado período de investigación deberá ser motivado y comunicado a las partes de acuerdo a los principios de publicidad y transparencia del Artículo 12 del Acuerdo Antidumping de la OMC.

Teniendo en cuenta el contenido de la recomendación, se sugiere que la modificación a la Decisión 283 establezca un período de duración de la investigación mínimo de 6 meses, y que exprese claramente los períodos de recolección de la información que están incorporados en esta recomendación.

- CASOS RELEVANTES EN MATERIA DE DUMPING

- SOBRE REDUCCIÓN A CERO (ZEROING)

Sobre reducción a cero (Zeroing) existe una decisión del órgano de solución de diferencias de la OMC que aún no es una recomendación del Comité. Esta es la decisión WT/DS141/AB/R del 1 de marzo de 2001, en el caso *COMUNIDADES EUROPEAS - DERECHOS ANTIDUMPING SOBRE LAS IMPORTACIONES DE ROPA DE CAMA DE ALGODÓN ORIGINARIAS DE LA INDIA, AB-2000-13*.

No obstante, es importante mencionar que las decisiones del Órgano de Apelaciones son un precedente jurisprudencial pero obviamente no tienen carácter vinculante para los países miembros, hasta tanto no se hayan incorporado en el Acuerdo Antidumping de la OMC. Las decisiones adoptadas en virtud del mecanismo de solución de diferencias son muy claras al establecer que sólo aplican para las partes y los temas en conflicto, y que no prejuzgan respecto a otras consideraciones.

CONCEPTO DE LA PRÁCTICA DE «REDUCCIÓN A CERO» O ZEROING

La práctica de «reducir a cero» o zeroing se da en situaciones en que una autoridad investigadora hace múltiples comparaciones entre el precio de exportación y el valor normal, y después suma los resultados de esas comparaciones individuales, para calcular un margen de dumping para el producto en su conjunto. En los casos en que la comparación entre el valor normal y el precio de exportación es negativa, pues el precio de exportación es superior al valor normal, la autoridad lo toma como cero, lo que significa que los márgenes negativos no son tenidos en cuenta para efectos del cálculo del margen global de dumping.

El órgano de apelaciones señala que:

- El párrafo 4.2 del artículo 2 aclara la forma en que las autoridades investigadoras nacionales deben proceder a establecer «la existencia de márgenes de dumping», es decir, la forma en que deben proceder a establecer que hay dumping. Teniendo en cuenta el contenido del párrafo 1 del artículo 2 el Acuerdo Antidumping hace referencia

al dumping de un producto, los márgenes de dumping del párrafo 4.2 del artículo 2 son márgenes de dumping para un producto.

- Con respecto al párrafo 4.2 del artículo 2, las Comunidades Europeas debían establecer «la existencia de márgenes de dumping» respecto del producto -ropa de cama de algodón- y no de los distintos tipos o modelos de ese producto. Ni en el párrafo 4.2 del artículo 2 ni en ningún otro precepto del Acuerdo Antidumping hay una disposición que prevea el establecimiento de «la existencia de márgenes de dumping» para tipos o modelos del producto objeto de investigación; por el contrario, todas las referencias que se hacen al establecimiento de «la existencia de márgenes de dumping» son referencias al producto objeto de la investigación.

En el párrafo 4.2 del artículo 2 no hay elemento que pueda servir de base a la idea de que esta disposición del Acuerdo prevé o distingue dos fases distintas en una investigación antidumping, ni que justifique las distinciones que, según las Comunidades Europeas, pueden establecerse entre tipos o modelos del mismo producto sobre la base de esas «dos fases». Cualquiera que sea el método que se utilice para calcular los márgenes de dumping, esos márgenes sólo deben y pueden establecerse para el producto objeto de investigación como un todo único. No se acepta la tesis de las Comunidades Europeas de que el párrafo 4.2 del artículo 2 no facilita ninguna orientación acerca de la forma de calcular un margen global de dumping para el producto objeto de investigación.

- Las autoridades investigadoras están obligadas a comparar el promedio ponderado del valor normal con el promedio ponderado de los precios de todas las transacciones de exportación comparables. Al «reducir a cero» los «márgenes de dumping negativos» las Comunidades Europeas no tuvieron plenamente en cuenta la totalidad de los precios de algunas transacciones de exportación, en concreto de las transacciones de exportación con modelos de ropa de cama de algodón en los que se constató la existencia de «márgenes de dumping negativos», sino que trataron a esos precios de exportación como si hubieran sido menores de lo que eran en realidad, lo que, a su vez, incrementó artificialmente el resultado del cálculo del margen de dumping.
- Las Comunidades Europeas no establecieron «la existencia de márgenes de dumping» para la ropa de cama de algodón basándose en una comparación entre el promedio ponderado del valor normal y el promedio ponderado de los precios de todas las transacciones de exportación comparables, es decir de todas las transacciones con todos los modelos o tipos del producto objeto de investigación.
- Una comparación entre el precio de exportación y el valor normal en la que no se tengan plenamente en cuenta los precios de todas las transacciones de exportación comparables, como ocurre en la que se realiza cuando se sigue, como se ha seguido en la presente diferencia, la práctica de «reducción a cero», no constituye una «comparación equitativa» entre el precio de exportación y el valor normal, como exigen el párrafo 4 y el párrafo 4.2 del artículo 2.
- La utilización del término «comparables» en el párrafo 4.2 del artículo 2 no afecta en forma alguna a la obligación de las autoridades investigadoras de establecer la existencia de márgenes de dumping sobre la base de «una comparación entre un promedio ponderado del valor normal y un promedio ponderado de los precios de todas las transacciones de exportación comparables», ni entraña ninguna disminución de esa obligación.
- El haber definido el producto en litigio y el «producto similar» en el mercado comunitario de la forma en que lo hicieron, las Comunidades Europeas no podían adoptar, en una etapa posterior del procedimiento, la posición de que algunos tipos o modelos de ese producto tienen características físicas tan distintas entre sí que esos tipos o modelos no son «comparables». Todos los tipos o modelos comprendidos en el ámbito de un producto «similar» han de ser, forzosamente, «comparables», y, en consecuencia, las transacciones de exportación de esos tipos o modelos deben considerarse «transacciones de exportación comparables» en el sentido del párrafo 4.2 del artículo 2.

- El término «comparables» del párrafo 4.2 del artículo 2 remite a su vez a la obligación general y a las obligaciones específicas a que han de atenerse las autoridades investigadoras al comparar el precio de exportación con el valor normal.
- El párrafo 4.2 del artículo 2 permite a los Miembros que, al estructurar sus investigaciones antidumping, consideren tres tipos de dumping «selectivo», en concreto el dumping orientado selectivamente a determinados compradores, regiones o períodos. No obstante, ni la segunda frase del párrafo 4.2 del artículo 2, ni ninguna otra disposición del Acuerdo Antidumping se refiere al dumping orientado selectivamente a determinados «modelos» o «tipos» del mismo producto objeto de investigación. El Órgano de Apelaciones entiende que si los redactores del Acuerdo Antidumping hubieran tenido el propósito de autorizar a los Miembros a responder a ese tipo de dumping «selectivo», lo habrían autorizado expresamente en la segunda frase del párrafo 4.2 del artículo 2. Las Comunidades Europeas no han demostrado que de alguna disposición del Acuerdo se infiera la posibilidad de examinar el dumping selectivo en relación con tipos o modelos específicos del producto objeto de investigación.

- SOBRE COMPARACIÓN EQUITATIVA

Sobre comparación equitativa no existe pronunciamiento alguno de un Panel de la OMC, salvo el caso descrito anteriormente entre las Comunidades Europeas y la India. Al respecto existe la propuesta de Grupo de Amigos del Dumping (Documento TN/RL/W/158) de Mayo 28 de 2004 sobre ajustes al artículo 4.2 del Acuerdo Antidumping de la OMC que permitan una comparación equitativa y simétrica para tener precios en iguales niveles comerciales.

Mientras no exista una determinación vinculante para los países miembros de la OMC, la Comunidad Andina no debe asumir ningún tipo de obligación en este aspecto.

- OTROS CASOS

Para información general los casos más importantes en materia de dumping en el seno de la OMC, son los siguientes:

- United States – Antidumping measures on stainless steel plate in coils and stainless steel sheet and strip from Korea
- Guatemala – Definitive Anti-Dumping Measures on Grey Portland Cement from Mexico
- United States - Antidumping duty on Dynamic random access memory semiconductors (drams) of one megabit or above from Korea
- Thailand – Anti Dumping Duties on Angles, Shapes and Sections of Iron or Non-Alloy Steel And H-Beams from Poland
- European Communities — Anti-dumping duties on imports of cotton-type bed linen from India
- European Communities measures concerning meat and meat products (hormones)

- RECOMENDACIONES FINALES

Salvo por las recomendaciones del Comité Antidumping, es opinión del consultor que una eventual modificación de la Decisión 283 en materia de dumping a favor de un tercer país, no debe incorporar elementos diferentes a los que son jurídicamente vinculantes para los países andinos.

En otras palabras, el consultor recomienda que la eventual modificación de la Decisión 283 en materia de dumping a favor de un tercer país debe contener fundamentalmente lo previsto en el anexo No. 1 a este documento y explicado en el punto 1, «Compatibilidad de la Decisión 283 con las disposiciones del Acuerdo Antidumping de la OMC», que son realmente los temas a los que los países andinos se han obligado legalmente por virtud de pertenecer a la OMC y a su Acuerdo Antidumping.

Los demás elementos mencionados en el punto 4 de este documento, si bien podrían eventualmente perfeccionar y hacer más transparentes y equitativos los procedimientos antidumping al interior de la Comunidad Andina, no deberían involucrarse en este momento en una eventual modificación de la Decisión 283, pues constituyen una herramienta de negociación para los países andinos tanto a nivel de la negociación sobre reglas de la OMC como en eventuales Acuerdos de Libre Comercio que negocien los países andinos.

Por consiguiente, no se recomienda incorporar estos temas aún en la legislación andina.

5. CONCLUSIONES

Para resumir el resultado de la evaluación de esta consultoría podemos concluir:

1. Es aconsejable modificar la Decisión 283 en cuanto a dumping a favor de un tercer país para efectos de ajustarlo a todas las disposiciones del acuerdo antidumping de la OMC y a la recomendaciones del Comité Antidumping en materia de períodos de investigación.
2. No se recomienda incorporar elementos diferentes a los anteriores en la eventual modificación de la Decisión 283, pues sería entregar herramientas de negociación de los países andinos tanto en la negociación de reglas de la OMC como en la negociación de otros acuerdos comerciales.
3. Se debe diseñar una estrategia política de alto nivel para convencer a los países andinos sobre la conveniencia de mantener esta legislación y de reformarla. Un elemento muy importante para este proceso de persuasión es la importancia de esta normativa como herramienta de negociación de los países andinos para la negociación de reglas en la OMC en materia de dumping. La existencia, vigencia y aplicación de esta legislación puede convertirse en un gran aliado de los países andinos para promover las reformas más importantes del Acuerdo Antidumping dentro de las negociaciones OMC.
4. Es aconsejable mantener una legislación y autoridad regional cuyo objetivo principal sea preservar el mercado subregional andino, que tantos años ha costado construir.
5. Es aconsejable que en los Acuerdos de Libre Comercio que los países andinos negocien se preserve el espacio de la reglamentación y la autoridad regional en esta materia, utilizando una cualquiera de las siguientes estrategias:
 - a) Remitiendo expresamente el tema de dumping a sus legislaciones internas.
 - b) Previendo expresamente las notificaciones de reglamentación y autoridades competentes para estos efectos, y realizando las notificaciones del caso.
6. Es aconsejable que el resto de los países andinos que no lo han hecho notifiquen la

Decisión 283 o aquella que la modifique y a la Secretaría General como autoridad regional para adelantar las investigaciones de dumping para preservar el mercado subregional. Esta es la única manera de salvaguardar tanto la reglamentación como la facultad de la Secretaría General de la CAN para adelantar estos procesos. Es evidente que no existe aún una definición legal sobre la materia, pero en opinión del consultor, la interpretación sistémica de los artículos correspondientes del Acuerdo Antidumping, el Art. 24 y la Cláusula de Habilitación, así lo prevén.

ANEXO N° 1

NORMAS DE REFERENCIA DEL ACUERDO ANTIDUMPING DE LA OMC PARA REALIZAR AJUSTES A LA DECISIÓN 283

Rama de la producción nacional

- 5.1 Salvo en el caso previsto en el párrafo 6, las investigaciones encaminadas a determinar la existencia, el grado y los efectos de un supuesto dumping se iniciarán previa solicitud escrita hecha por la rama de producción nacional o en nombre de ella.
- 5.4 No se iniciará una investigación de conformidad con el párrafo 1 si las autoridades no han determinado, basándose en el examen del grado de apoyo o de oposición a la solicitud expresado por los productores nacionales del producto similar, que la solicitud ha sido hecha por o en nombre de la rama de producción nacional. La solicitud se considerará hecha «por la rama de producción nacional o en nombre de ella» cuando esté apoyada por productores nacionales cuya producción conjunta represente más del 50 por ciento de la producción total del producto similar producido por la parte de la rama de producción nacional que manifieste su apoyo o su oposición a la solicitud. No obstante, no se iniciará ninguna investigación cuando los productores nacionales que apoyen expresamente la solicitud representen menos del 25 por ciento de la producción total del producto similar producido por la rama de producción nacional.

Requisitos de la solicitud

- 5.2 Con la solicitud a que se hace referencia en el párrafo 1 se incluirán pruebas de la existencia de: a) dumping; b) un daño en el sentido del artículo VI del GATT de 1994 según se interpreta en el presente Acuerdo y c) una relación causal entre las importaciones objeto de dumping y el supuesto daño. No podrá considerarse que para cumplir los requisitos fijados en el presente párrafo basta una simple afirmación no apoyada por las pruebas pertinentes. La solicitud contendrá la información que razonablemente tenga a su alcance el solicitante sobre los siguientes puntos:
 - l) Identidad del solicitante y descripción realizada por el mismo del volumen y valor de la producción nacional del producto similar. Cuando la solicitud escrita se presente en nombre de la rama de producción nacional, en ella se identificará la rama de producción en cuyo nombre se haga la solicitud por medio de una lista de todos los productores nacionales del producto similar conocidos (o de las asociaciones de productores nacionales del producto similar) y, en la medida posible, se facilitará una descripción del volumen y valor de la producción

- nacional del producto similar que representen dichos productores;
- II) Una descripción completa del producto presuntamente objeto de dumping, los nombres del país o países de origen o exportación de que se trate, la identidad de cada exportador o productor extranjero conocido y una lista de las personas que se sepa importan el producto de que se trate;
 - III) Datos sobre los precios a los que se vende el producto de que se trate cuando se destina al consumo en los mercados internos del país o países de origen o de exportación (o, cuando proceda, datos sobre los precios a los que se venda el producto desde el país o países de origen o de exportación a un tercer país o a terceros países, o sobre el valor reconstruido del producto) así como sobre los precios de exportación o, cuando proceda, sobre los precios a los que el producto se revenda por primera vez a un comprador independiente en el territorio del Miembro importador;
 - IV) Datos sobre la evolución del volumen de las importaciones supuestamente objeto de dumping, el efecto de esas importaciones en los precios del producto similar en el mercado interno y la consiguiente repercusión de las importaciones en la rama de producción nacional, según vengan demostrados por los factores e índices pertinentes que influyan en el estado de la rama de producción nacional, tales como los enumerados en los párrafos 2 y 4 del artículo 3.

Principio de reserva de la etapa previa a la apertura de la investigación

- 5.5 A menos que se haya adoptado la decisión de iniciar una investigación, las autoridades evitarán toda publicidad acerca de la solicitud de iniciación de una investigación. No obstante, después de recibir una solicitud debidamente documentada y antes de proceder a iniciar la investigación, las autoridades lo notificarán al gobierno del Miembro exportador interesado.

Inicio de oficio de las investigaciones

- 5.6 Si, en circunstancias especiales, la autoridad competente decidiera iniciar una investigación sin haber recibido una solicitud escrita hecha por la rama de producción nacional o en nombre de ella para que se inicie dicha investigación, sólo la llevará adelante cuando tenga pruebas suficientes del dumping, del daño y de la relación causal, conforme a lo indicado en el párrafo 2, que justifiquen la iniciación de una investigación.

Márgenes de mínimos de dumping y del volumen de importaciones

- 5.8 La autoridad competente rechazará la solicitud presentada con arreglo al párrafo 1 y pondrá fin a la investigación sin demora en cuanto se haya cerciorado de que no existen pruebas suficientes del dumping o del daño que justifiquen la continuación del procedimiento relativo al caso. Cuando la autoridad determine que el margen de dumping es de mínimos, o que el volumen de las importaciones reales o potenciales objeto de dumping o el daño son insignificantes, se pondrá inmediatamente fin a la investigación. Se considerará de mínimos el margen de dumping cuando sea inferior al 2 por ciento, expresado como porcentaje del precio de exportación. Normalmente se considerará insignificante el volumen de las importaciones objeto de dumping cuando se establezca que las procedentes de un determinado país representan menos del 3 por ciento de las importaciones del producto similar en el Miembro importador,

salvo que los países que individualmente representan menos del 3 por ciento de las importaciones del producto similar en el Miembro importador representen en conjunto más del 7 por ciento de esas importaciones.

Plazos y pruebas

- 6.1.1 Se dará a los exportadores o a los productores extranjeros a quienes se envíen los cuestionarios utilizados en una investigación antidumping un plazo de 30 días como mínimo para la respuesta¹. Se deberá atender debidamente toda solicitud de prórroga del plazo de 30 días y, sobre la base de la justificación aducida, deberá concederse dicha prórroga cada vez que sea factible.
- 7.3 No se aplicarán medidas provisionales antes de transcurridos 60 días desde la fecha de iniciación de la investigación.
- 5.10 Salvo en circunstancias excepcionales, las investigaciones deberán haber concluido dentro de un año, y en todo caso en un plazo de 18 meses, contados a partir de su iniciación.

Reuniones entre las partes e Información Confidencial

- 6.2 Durante toda la investigación antidumping, todas las partes interesadas tendrán plena oportunidad de defender sus intereses. A este fin, las autoridades darán a todas las partes interesadas, previa solicitud, la oportunidad de reunirse con aquellas partes que tengan intereses contrarios para que puedan exponer tesis opuestas y argumentos refutatorios. Al proporcionar esa oportunidad, se habrán de tener en cuenta la necesidad de salvaguardar el carácter confidencial de la información y la conveniencia de las partes. Ninguna parte estará obligada a asistir a una reunión, y su ausencia no irá en detrimento de su causa. Las partes interesadas tendrán también derecho, previa justificación, a presentar otras informaciones oralmente.
- 6.3 Las autoridades sólo tendrán en cuenta la información que se facilite oralmente a los efectos del párrafo 2 si a continuación ésta se reproduce por escrito y se pone a disposición de las demás partes interesadas, conforme a lo establecido en el apartado 1.2.
- 6.4 Las autoridades, siempre que sea factible, darán a su debido tiempo a todas las partes interesadas la oportunidad de examinar toda la información pertinente para la presentación de sus argumentos que no sea confidencial conforme a los términos del párrafo 5 y que dichas autoridades utilicen en la investigación antidumping, y de preparar su alegato sobre la base de esa información.
- 6.5 Toda información que, por su naturaleza, sea confidencial (por ejemplo, porque su divulgación implicaría una ventaja significativa para un competidor o tendría un efecto significativamente desfavorable para la persona que proporcione la información o para un tercero del que la haya recibido) o que las partes en una investigación antidumping faciliten con carácter confidencial será, previa justificación suficiente al respecto, tratada como tal por las autoridades. Dicha información no será revelada sin autorización expresa de la parte que la haya facilitado.
- 6.5.1 Las autoridades exigirán a las partes interesadas que faciliten información confidencial que suministren resúmenes no confidenciales de la misma. Tales resúmenes serán lo suficientemente detallados para permitir una

¹ Por regla general, los plazos dados a los exportadores se contarán a partir de la fecha de recibo del cuestionario, el cual, a tal efecto, se considerará recibido una semana después de la fecha en que haya sido enviado al destinatario o transmitido al representante diplomático competente del Miembro exportador o, en el caso de un territorio aduanero distinto Miembro de la OMC, a un representante oficial del territorio exportador.

comprensión razonable del contenido sustancial de la información facilitada con carácter confidencial. En circunstancias excepcionales, esas partes podrán señalar que dicha información no puede ser resumida. En tales circunstancias excepcionales, deberán exponer las razones por las que no es posible resumirla.

- 6.5.2 Si las autoridades concluyen que una petición de que se considere confidencial una información no está justificada, y si la persona que la haya proporcionado no quiere hacerla pública ni autorizar su divulgación en términos generales o resumidos, las autoridades podrán no tener en cuenta esa información, a menos que se les demuestre de manera convincente, de fuente apropiada, que la información es correcta.

Facultades en caso de negar acceso a información no justificada como confidencial

- 6.8 En los casos en que una parte interesada niegue el acceso a la información necesaria o no la facilite dentro de un plazo prudencial o entorpezca significativamente la investigación, podrán formularse determinaciones preliminares o definitivas, positivas o negativas, sobre la base de los hechos de que se tenga conocimiento. Al aplicar el presente párrafo se observará lo dispuesto en el Anexo II.

Parámetros para determinar el margen de dumping

- 6.10 Por regla general, las autoridades determinarán el margen de dumping que corresponda a cada exportador o productor interesado del producto sujeto a investigación de que se tenga conocimiento. En los casos en que el número de exportadores, productores, importadores o tipos de productos sea tan grande que resulte imposible efectuar esa determinación, las autoridades podrán limitar su examen a un número prudencial de partes interesadas o de productos, utilizando muestras que sean estadísticamente válidas sobre la base de la información de que dispongan en el momento de la selección, o al mayor porcentaje del volumen de las exportaciones del país en cuestión que pueda razonablemente investigarse.

6.10.1 Cualquier selección de exportadores, productores, importadores o tipos de productos con arreglo al presente párrafo se hará de preferencia en consulta con los exportadores, productores o importadores de que se trate y con su consentimiento.

6.10.2 En los casos en que hayan limitado su examen de conformidad con lo dispuesto en el presente párrafo, las autoridades determinarán, no obstante, el margen de dumping correspondiente a todo exportador o productor no seleccionado inicialmente que presente la información necesaria a tiempo para que sea considerada en el curso de la investigación, salvo que el número de exportadores o productores sea tan grande que los exámenes individuales resulten excesivamente gravosos para las autoridades e impidan concluir oportunamente la investigación. No se pondrán trabas a la presentación de respuestas voluntarias.

Intervención de terceros interesados (usuarios industriales y consumidores)

- 6.12 Las autoridades darán a los usuarios industriales del producto objeto de investigación, y a las organizaciones de consumidores representativas en los casos en los que el

producto se venda normalmente al por menor, la oportunidad de facilitar cualquier información que sea pertinente para la investigación en relación con el dumping, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro.

- 6.13 Las autoridades tendrán debidamente en cuenta las dificultades con que puedan tropezar las partes interesadas, en particular las pequeñas empresas, para facilitar la información solicitada y les prestarán toda la asistencia factible.

Medidas provisionales

- 7.1 Sólo podrán aplicarse medidas provisionales si:

- I) Se ha iniciado una investigación de conformidad con las disposiciones del artículo 5, se ha dado un aviso público a tal efecto y se han dado a las partes interesadas oportunidades adecuadas de presentar información y hacer observaciones;
- II) Se ha llegado a una determinación preliminar positiva de la existencia de dumping y del consiguiente daño a una rama de producción nacional; y
- III) La autoridad competente juzga que tales medidas son necesarias para impedir que se cause daño durante la investigación.

- 7.2 Las medidas provisionales podrán tomar la forma de un derecho provisional o, preferentemente, una garantía -mediante depósito en efectivo o fianza- igual a la cuantía provisionalmente estimada del derecho antidumping, que no podrá exceder del margen de dumping provisionalmente estimado. La suspensión de la valoración en aduana será una medida provisional adecuada, siempre que se indiquen el derecho normal y la cuantía estimada del derecho antidumping y que la suspensión de la valoración se someta a las mismas condiciones que las demás medidas provisionales.

- 7.3 No se aplicarán medidas provisionales antes de transcurridos 60 días desde la fecha de iniciación de la investigación.

- 7.4 Las medidas provisionales se aplicarán por el período más breve posible, que no podrá exceder de cuatro meses, o, por decisión de la autoridad competente, a petición de exportadores que representen un porcentaje significativo del comercio de que se trate, por un período que no excederá de seis meses. Cuando las autoridades, en el curso de una investigación, examinen si bastaría un derecho inferior al margen de dumping para eliminar el daño, esos períodos podrán ser de seis y nueve meses respectivamente.

- 7.5 En la aplicación de medidas provisionales se seguirán las disposiciones pertinentes del artículo 9.

Compromisos relativos a los precios

- 8.1 Se podrán suspender o dar por terminados los procedimientos sin imposición de medidas provisionales o derechos antidumping si el exportador comunica que asume voluntariamente compromisos satisfactorios de revisar sus precios o de poner fin a las exportaciones a la zona en cuestión a precios de dumping, de modo que las autoridades queden convencidas de que se elimina el efecto perjudicial del dumping. Los

aumentos de precios estipulados en dichos compromisos no serán superiores a lo necesario para compensar el margen de dumping. Es deseable que los aumentos de precios sean inferiores al margen de dumping si así bastan para eliminar el daño a la rama de producción nacional.

- 8.2 No se recabarán ni se aceptarán de los exportadores compromisos en materia de precios excepto en el caso de que las autoridades del Miembro importador hayan formulado una determinación preliminar positiva de la existencia de dumping y de daño causado por ese dumping.
- 8.3 No será necesario aceptar los compromisos ofrecidos si las autoridades consideran que no sería realista tal aceptación, por ejemplo, porque el número de los exportadores reales o potenciales sea demasiado grande, o por otros motivos, entre ellos motivos de política general. En tal caso, y siempre que sea factible, las autoridades expondrán al exportador los motivos que las hayan inducido a considerar inadecuada la aceptación de un compromiso y, en la medida de lo posible, darán al exportador la oportunidad de formular observaciones al respecto.
- 8.4 Aunque se acepte un compromiso, la investigación de la existencia de dumping y daño se llevará a término cuando así lo desee el exportador o así lo decidan las autoridades. En tal caso, si se formula una determinación negativa de la existencia de dumping o de daño, el compromiso quedará extinguido automáticamente, salvo en los casos en que dicha determinación se base en gran medida en la existencia de un compromiso en materia de precios. En tales casos, las autoridades podrán exigir que se mantenga el compromiso durante un período prudencial conforme a las disposiciones del presente Acuerdo. En caso de que se formule una determinación positiva de la existencia de dumping y de daño, el compromiso se mantendrá conforme a sus términos y a las disposiciones del presente Acuerdo.
- 8.5 Las autoridades del Miembro importador podrán sugerir compromisos en materia de precios, pero no se obligará a ningún exportador a aceptarlos. El hecho de que un exportador no ofrezca tales compromisos o no acepte la invitación a hacerlo no prejuzgará en modo alguno el examen del asunto. Sin embargo, las autoridades tendrán la libertad de determinar que es más probable que una amenaza de daño llegue a materializarse si continúan las importaciones objeto de dumping.
- 8.6 Las autoridades de un Miembro importador podrán pedir a cualquier exportador del que se haya aceptado un compromiso que suministre periódicamente información relativa al cumplimiento de tal compromiso y que permita la verificación de los datos pertinentes. En caso de incumplimiento de un compromiso, las autoridades del Miembro importador podrán, en virtud del presente Acuerdo y de conformidad con lo estipulado en él, adoptar con prontitud disposiciones que podrán consistir en la aplicación inmediata de medidas provisionales sobre la base de la mejor información disponible. En tales casos podrán percibirse derechos definitivos al amparo del presente Acuerdo sobre los productos declarados a consumo 90 días como máximo antes de la aplicación de tales medidas provisionales, con la salvedad de que esa retroactividad no será aplicable a las importaciones declaradas antes del incumplimiento del compromiso.

Establecimiento y percepción de derechos antidumping

- 9.1 La decisión de establecer o no un derecho antidumping en los casos en que se han cumplido todos los requisitos para su establecimiento, y la decisión de fijar la cuantía del derecho antidumping en un nivel igual o inferior a la totalidad del margen de

dumping, habrán de adoptarlas las autoridades del Miembro importador. Es deseable que el establecimiento del derecho sea facultativo en el territorio de todos los Miembros y que el derecho sea inferior al margen si ese derecho inferior basta para eliminar el daño a la rama de producción nacional.

- 9.2 Cuando se haya establecido un derecho antidumping con respecto a un producto, ese derecho se percibirá en la cuantía apropiada en cada caso y sin discriminación sobre las importaciones de ese producto, cualquiera que sea su procedencia, declaradas objeto de dumping y causantes de daño, a excepción de las importaciones procedentes de fuentes de las que se hayan aceptado compromisos en materia de precios en virtud de lo establecido en el presente Acuerdo. Las autoridades designarán al proveedor o proveedores del producto de que se trate. Sin embargo, si estuviesen implicados varios proveedores pertenecientes a un mismo país y resultase imposible en la práctica designar a todos ellos, las autoridades podrán designar al país proveedor de que se trate. Si estuviesen implicados varios proveedores pertenecientes a más de un país, las autoridades podrán designar a todos los proveedores implicados o, en caso de que esto sea impracticable, todos los países proveedores implicados.
- 9.3 La cuantía del derecho antidumping no excederá del margen de dumping establecido de conformidad con el artículo 2.
- 9.3.1 Cuando la cuantía del derecho antidumping se fije de forma retrospectiva, la determinación de la cantidad definitiva que deba satisfacerse en concepto de derechos antidumping se efectuará lo antes posible, normalmente en un plazo de 12 meses, y en ningún caso de más de 18 meses, a contar de la fecha en que se haya formulado una petición de fijación definitiva de la cuantía del derecho antidumping. Toda devolución se hará con prontitud y normalmente no más de 90 días después de la determinación, de conformidad con el presente apartado, de la cantidad definitiva que deba satisfacerse. En cualquier caso, cuando no se haya hecho la devolución en un plazo de 90 días, las autoridades darán una explicación a instancia de parte.
- 9.3.2 Cuando la cuantía del derecho antidumping se fije de forma prospectiva, se preverá la pronta devolución, previa petición, de todo derecho pagado en exceso del margen de dumping. La devolución del derecho pagado en exceso del margen real de dumping se efectuará normalmente en un plazo de 12 meses, y en ningún caso de más de 18 meses, a contar de la fecha en que el importador del producto sometido al derecho antidumping haya presentado una petición de devolución debidamente apoyada por pruebas. Normalmente la devolución autorizada se hará en un plazo de 90 días contados a partir de la decisión a que se hace referencia supra.
- 9.3.3 Cuando el precio de exportación se reconstruya de conformidad con las disposiciones del párrafo 3 del artículo 2, al determinar si se debe hacer una devolución, y el alcance de ésta, las autoridades deberán tener en cuenta los cambios que se hayan producido en el valor normal o en los gastos habidos entre la importación y la reventa y los movimientos del precio de reventa que se hayan reflejado debidamente en los precios de venta posteriores, y deberán calcular el precio de exportación sin deducir la cuantía de los derechos antidumping si se aportan pruebas concluyentes de lo anterior.
- 9.4 Cuando las autoridades hayan limitado su examen de conformidad con la segunda frase del párrafo 10 del artículo 6, los derechos que se apliquen a las importaciones procedentes de exportadores o productores no abarcados por el examen no serán

superiores:

- I) Al promedio ponderado del margen de dumping establecido con respecto a los exportadores o productores seleccionados, o
- II) Cuando las cantidades que deban satisfacerse en concepto de derechos antidumping se calculen sobre la base del valor normal prospectivo, a la diferencia entre el promedio ponderado del valor normal correspondiente a los exportadores o productores seleccionados y los precios de exportación de los exportadores o productores que no hayan sido examinados individualmente, con la salvedad de que las autoridades no tomarán en cuenta a los efectos del presente párrafo los márgenes nulos y de mínimos ni los márgenes establecidos en las circunstancias a que hace referencia el párrafo 8 del artículo 6. Las autoridades aplicarán derechos o valores normales individuales a las importaciones procedentes de los exportadores o productores no incluidos en el examen y que hayan proporcionado la información necesaria en el curso de la investigación, de conformidad con lo previsto en el apartado 10.2 del artículo 6.

9.5 Si un producto es objeto de derechos antidumping en un Miembro importador, las autoridades llevarán a cabo con prontitud un examen para determinar los márgenes individuales de dumping que puedan corresponder a los exportadores o productores del país exportador en cuestión que no hayan exportado ese producto al Miembro importador durante el período objeto de investigación, a condición de que dichos exportadores o productores puedan demostrar que no están vinculados a ninguno de los exportadores o productores del país exportador que son objeto de derechos antidumping sobre el producto. Ese examen se iniciará y realizará de forma acelerada en comparación con los procedimientos normales de fijación de derechos y de examen en el Miembro importador. Mientras se esté procediendo al examen no se percibirán derechos antidumping sobre las importaciones procedentes de esos exportadores o productores. No obstante, las autoridades podrán suspender la valoración en aduana y/o solicitar garantías para asegurarse de que, si ese examen condujera a una determinación de existencia de dumping con respecto a tales productores o exportadores, podrán percibirse derechos antidumping con efecto retroactivo desde la fecha de iniciación del examen.

Retroactividad

10.1 Sólo se aplicarán medidas provisionales o derechos antidumping a los productos que se declaren a consumo después de la fecha en que entre en vigor la decisión adoptada de conformidad con el párrafo 1 del artículo 7 o el párrafo 1 del artículo 9, respectivamente, con las excepciones que se indican en el presente artículo.

10.2 Cuando se formule una determinación definitiva de la existencia de daño (pero no de amenaza de daño o de retraso importante en la creación de una rama de producción) o, en caso de formularse una determinación definitiva de la existencia de amenaza de daño, cuando el efecto de las importaciones objeto de dumping sea tal que, de no haberse aplicado medidas provisionales, hubiera dado lugar a una determinación de la existencia de daño, se podrán percibir retroactivamente derechos antidumping por el período en que se hayan aplicado medidas provisionales.

10.3 Si el derecho antidumping definitivo es superior al derecho provisional pagado o por pagar, o a la cantidad estimada a efectos de la garantía, no se exigirá la diferencia. Si

el derecho definitivo es inferior al derecho provisional pagado o por pagar, o a la cuantía estimada a efectos de la garantía, se devolverá la diferencia o se calculará de nuevo el derecho, según sea el caso.

- 10.4 A reserva de lo dispuesto en el párrafo 2, cuando se formule una determinación de la existencia de amenaza de daño o retraso importante (sin que se haya producido todavía el daño) sólo se podrá establecer un derecho antidumping definitivo a partir de la fecha de la determinación de existencia de amenaza de daño o retraso importante y se procederá con prontitud a restituir todo depósito en efectivo hecho durante el período de aplicación de las medidas provisionales y a liberar toda fianza prestada.
- 10.5 Cuando la determinación definitiva sea negativa, se procederá con prontitud a restituir todo depósito en efectivo hecho durante el período de aplicación de las medidas provisionales y a liberar toda fianza prestada.
- 10.6 Podrá percibirse un derecho antidumping definitivo sobre los productos que se hayan declarado a consumo 90 días como máximo antes de la fecha de aplicación de las medidas provisionales cuando, en relación con el producto objeto de dumping considerado, las autoridades determinen:
- I) Que hay antecedentes de dumping causante de daño, o que el importador sabía o debía haber sabido que el exportador practicaba el dumping y que éste causaría daño, y
 - II) Que el daño se debe a importaciones masivas de un producto objeto de dumping, efectuadas en un lapso de tiempo relativamente corto que, habida cuenta del momento en que se han efectuado las importaciones objeto de dumping, su volumen y otras circunstancias (tales como una rápida acumulación de existencias del producto importado), es probable socaven gravemente el efecto reparador del derecho antidumping definitivo que deba aplicarse, a condición de que se haya dado a los importadores interesados la oportunidad de formular observaciones.
- 10.7 Tras el inicio de una investigación, las autoridades podrán adoptar las medidas que puedan ser necesarias, como la suspensión de la valoración en aduana o de la liquidación de los derechos, para percibir retroactivamente derechos antidumping según lo previsto en el párrafo 6, una vez que dispongan de pruebas suficientes de que se cumplen las condiciones establecidas en dichos párrafos.
- 10.8 No se percibirán retroactivamente derechos de conformidad con el párrafo 6 sobre los productos declarados a consumo antes de la fecha de iniciación de la investigación.

Duración de los derechos antidumping

- 11.3 No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, todo derecho antidumping definitivo será suprimido, a más tardar, en un plazo de cinco años contados desde la fecha de su imposición (o desde la fecha del último examen, realizado de conformidad con el párrafo 2, si ese examen hubiera abarcado tanto el dumping como el daño, o del último realizado en virtud del presente párrafo), salvo que las autoridades, en un examen iniciado antes de esa fecha por propia iniciativa o a raíz de una petición debidamente fundamentada hecha por o en nombre de la rama de producción

nacional con una antelación prudencial a dicha fecha, determinen que la supresión del derecho daría lugar a la continuación o la repetición del daño y del dumping. El derecho podrá seguir aplicándose a la espera del resultado del examen.

Medidas antidumping a favor de un tercer país

- 14.1 La solicitud de que se adopten medidas antidumping a favor de un tercer país habrán de presentarla las autoridades del tercer país que solicite la adopción de esas medidas.
- 14.2 Tal solicitud habrá de ir apoyada con datos sobre los precios que muestren que las importaciones son objeto de dumping y con información detallada que muestre que el supuesto dumping causa daño a la rama de producción nacional de que se trate del tercer país. El gobierno del tercer país prestará todo su concurso a las autoridades del país importador para obtener cualquier información complementaria que aquéllas puedan necesitar.
- 14.3 Las autoridades del país importador, cuando examinen una solicitud de este tipo, considerarán los efectos del supuesto dumping en el conjunto de la rama de producción de que se trate del tercer país; es decir, que el daño no se evaluará en relación solamente con el efecto del supuesto dumping en las exportaciones de la rama de producción de que se trate al país importador ni incluso en las exportaciones totales de esta rama de producción.
- 14.4 La decisión de dar o no dar curso a la solicitud corresponderá al país importador. Si éste decide que está dispuesto a adoptar medidas, le corresponderá tomar la iniciativa de dirigirse al Consejo del Comercio de Mercancías para pedir su aprobación.

Aviso público y explicación de las determinaciones

- 12.1 Cuando las autoridades se hayan cerciorado de que existen pruebas suficientes para justificar la iniciación de una investigación antidumping con arreglo al artículo 5, lo notificarán al Miembro o Miembros cuyos productos vayan a ser objeto de tal investigación y a las demás partes interesadas de cuyo interés tenga conocimiento la autoridad investigadora, y se dará el aviso público correspondiente.
 - 12.1.1 En los avisos públicos de iniciación de una investigación figurará, o se hará constar de otro modo mediante un informe separado, la debida información sobre lo siguiente:
 - I) El nombre del país o países exportadores y el producto de que se trate;
 - II) La fecha de iniciación de la investigación;
 - III) La base de la alegación de dumping formulada en la solicitud;
 - IV) Un resumen de los factores en los que se basa la alegación de daño;
 - V) La dirección a la cual han de dirigirse las representaciones formuladas por las partes interesadas;
 - VI) Los plazos que se den a las partes interesadas para dar a conocer sus opiniones.

12.2 Se dará aviso público de todas las determinaciones preliminares o definitivas, positivas o negativas, de toda decisión de aceptar un compromiso en aplicación del artículo 8, de la terminación de tal compromiso y de la terminación de un derecho antidumping definitivo. En cada uno de esos avisos figurarán, o se harán constar de otro modo mediante un informe separado, con suficiente detalle, las constataciones y conclusiones a que se haya llegado sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho que la autoridad investigadora considere pertinentes. Todos esos avisos e informes se enviarán al Miembro o Miembros cuyos productos sean objeto de la determinación o compromiso de que se trate, así como a las demás partes interesadas de cuyo interés se tenga conocimiento.

12.2.1 En los avisos públicos de imposición de medidas provisionales figurarán, o se harán constar de otro modo mediante un informe separado, explicaciones suficientemente detalladas de las determinaciones preliminares de la existencia de dumping y de daño y se hará referencia a las cuestiones de hecho y de derecho en que se base la aceptación o el rechazo de los argumentos. En dichos avisos o informes, teniendo debidamente en cuenta lo prescrito en cuanto a la protección de la información confidencial, se indicará en particular:

- I) Los nombres de los proveedores, o, cuando esto no sea factible, de los países abastecedores de que se trate;
- II) Una descripción del producto que sea suficiente a efectos aduaneros;
- III) los márgenes de dumping establecidos y una explicación completa de las razones que justifican la metodología utilizada en la determinación y comparación del precio de exportación y el valor normal con arreglo al artículo 2;
- IV) Las consideraciones relacionadas con la determinación de la existencia de daño según se establece en el artículo 3;
- V) Las principales razones en que se base la determinación.

12.2.2 En los avisos públicos de conclusión o suspensión de una investigación en la cual se haya llegado a una determinación positiva que prevea la imposición de un derecho definitivo o la aceptación de un compromiso en materia de precios, figurará, o se hará constar de otro modo mediante un informe separado, toda la información pertinente sobre las cuestiones de hecho y de derecho y las razones que hayan llevado a la imposición de medidas definitivas o a la aceptación de compromisos en materia de precios, teniendo debidamente en cuenta lo prescrito en cuanto a la protección de la información confidencial. En el aviso o informe figurará en particular la información indicada en el apartado 2.1, así como los motivos de la aceptación o rechazo de los argumentos o alegaciones pertinentes de los exportadores e importadores, y la base de toda decisión adoptada en virtud del apartado 10.2 del artículo 6.

12.2.3 En los avisos públicos de terminación o suspensión de una investigación a raíz de la aceptación de un compromiso conforme a lo previsto en el artículo 8, figurará, o se hará constar de otro modo mediante un informe separado, la parte no confidencial del compromiso.

12.3 Las disposiciones del presente artículo se aplicarán *mutatis mutandis* a la iniciación y terminación de los exámenes previstos en el artículo 11 y a las decisiones de aplicación de derechos con efecto retroactivo previstas en el artículo 10.

ANEXO No. 2

REGIONAL TRADE AGREEMENTS NOTIFIED TO THE GATT/WTO AND IN FORCE BY TYPE OF AGREEMENT

Agreement	Date of entry into force	GATT/WTO notification			Document series	Examination process	
		Date	Related provisions	Type of agreement		Status	Ref.
EU Enlargement	1-May-04	30-Abr-04	GATT Art. XXIV	Accession to customs union	WT/REG170	Factual examination not started	...
EC accession of Austria, Finland and Sweden	1-Ene-95	20-Ene-95	GATT Art. XXIV	Accession to customs union	WT/REG3 L/7614/Add.1	Consultations on draft report	...
EC accession of Portugal and Spain	1-Ene-86	11-Dic-85	GATT Art. XXIV	Accession to customs union	L/5936	Report adopted	35S/293 19.10.88
EC accession of Greece	1-Ene-81	24-Oct-79	GATT Art. XXIV	Accession to customs union	L4845	Report adopted	30S/168 09.03.83
EC accession of Denmark, Ireland and United Kingdom	1-Ene-73	7-Mar-72	GATT Art. XXIV	Accession to customs union	L/3677	Report adopted	C/M/107 11.07.75
CEFTA accession of Croatia	1-Mar-03	3-Mar-04	GATT Art. XXIV	Accession to free trade agreement	WT/REG11	Factual examination not started	...
CEFTA accession of Bulgaria	1-Ene-99	24-Mar-99	GATT Art. XXIV	Accession to free trade agreement	WT/REG11	Consultations on draft report	...
CEFTA accession of Romania	1-Jul-97	8-Ene-98	GATT Art. XXIV	Accession to free trade agreement	WT/REG11	Consultations on draft report	...
EFTA accession of Iceland	1-Mar-70	30-Ene-70	GATT Art. XXIV	Accession to free trade agreement	L/3328 L/3328/Add.1	Report adopted	18S/174 29.09.70
EU Enlargement	1-May-04	28-Abr-04	GATS Art. V	Accession to services agreement	WT/REG170 S/C/N/303	Factual examination not started	...
EC accession of Austria, Finland and Sweden	1-Ene-95	20-Ene-95	GATS Art. V	Accession to services agreement	WT/REG3 S/C/N/6	Consultations on draft report	...
EAEC	8-Oct-97	6-Abr-99	GATT Art. XXIV	Customs union	WT/REG71	Under factual examination	...
EC — Andorra	1-Jul-91	25-Feb-98	GATT Art. XXIV	Customs union	WT/REG53	Factual examination concluded	...
EC — Turkey	1-Ene-96	22-Dic-95	GATT Art. XXIV	Customs union	WT/REG22	Under factual examination	...
MERCOSUR	29-Nov-91	5-Mar-92	Enabling Clause	Customs union	WT/COMTD/1	Under factual examination	...
CARICOM	1-Ago-73	14-Oct-74	GATT Art. XXIV	Customs union	WT/REG92	Report adopted	24S/68 02.03.77
CACM	12-Oct-61	24-Feb-61	GATT Art. XXIV	Customs union	WT/REG93	Report adopted	10S/98 23.11.61
EC (Treaty of Rome)	1-Ene-58	24-Abr-57	GATT Art. XXIV	Customs union	L/626	Report adopted	6S/70 & 109 29.11.57
Albania - Serbia Montenegro	1-Sep-04	19-Oct-04	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG178	Factual examination not started	...
EC - Egypt	1-Jun-04	4-Oct-04	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG177	Factual examination not started	...
SADC	1-Sep-00	9-Ago-04	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG176	Factual examination not started	...

Agreement	Date of entry into force	GATT/WTO notification			Document series	Examination process	
		Date	Related provisions	Type of agreement		Status	Ref.
Armenia - Turkmenistan	7-Jul-96	27-Jul-04	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG175	Factual examination not started	...
ArmeniaRussian - Federation	25-Mar-93	27-Jul-04	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG174	Factual examination not started	...
Armenia - Moldova	21-Dic-95	27-Jul-04	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG173	Factual examination not started	...
Armenia - Kazakhstan	25-Dic-01	27-Jul-04	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG172	Factual examination not started	...
Armenia - Ukraine	18-Dic-96	27-Jul-04	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG171	Factual examination not started	...
Republic of Korea - Chile	1-Abr-04	19-Abr-04	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG169	Factual examination not started	...
Albania - UNMIK (Kosovo)	1-Oct-03	8-Abr-04	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG168	Factual examination not started	...
Albania - Bulgaria	1-Sep-03	31-Mar-04	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG167	Factual examination not started	...
Croatia - Albania	1-Jun-03	31-Mar-04	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG166	Factual examination not started	...
Chile - El Salvador	1-Jun-02	16-Feb-04	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG165	Factual examination not started	...
EC - Chile	1-Feb-03	18-Feb-04	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG164	Factual examination not started	...
China - Macao, China	1-Ene-04	12-Ene-04	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG163	Factual examination not started	...
China - Hong Kong, China	1-Ene-04	12-Ene-04	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG162	Factual examination not started	...
United States - Singapore	1-Ene-04	19-Dic-03	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG161	Factual examination not started	...
United States — Chile	1-Ene-04	19-Dic-03	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG160	Factual examination not started	...
Croatia - Bosnia and Herzegovina	1-Ene-01	6-Oct-03	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG159	Factual examination not started	...
Singapore - Australia	28-Jul-03	1-Oct-03	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG158	Factual examination not started	...
Turkey - Bosnia and Herzegovina	1-Jul-03	8-Sep-03	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG157	Under factual examination	...
Turkey - Croatia	1-Jul-03	8-Sep-03	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG156	Factual examination not started	...
EC - Lebanon	1-Mar-03	4-Jun-03	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG153	Under factual examination	...
Bulgaria - Israel	1-Ene-02	14-Abr-03	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG150	Factual examination not started	...
EFTA - Singapore	1-Ene-03	24-Ene-03	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG148	Factual examination not started	...
Canada — Costa Rica	1-Nov-02	17-Ene-03	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG147	Under factual examination	...
EC — Croatia	1-Mar-02	20-Dic-02	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG142	Under factual examination	...
EC — Jordan	1-May-02	20-Dic-02	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG141	Under factual examination	...
Japan - Singapore	30-Nov-02	14-Nov-02	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG140	Under factual examination	...
India — Sri Lanka	15-Dic-01	26-Jun-02	Enabling Clause	Free trade agreement	WT/COMTD/N/16	Under factual examination	...
Chile — Costa Rica	15-Feb-02	14-May-02	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG136	Examination not requested	...

Agreement	Date of entry into force	GATT/WTO notification			Document series	Examination process	
		Date	Related provisions	Type of agreement		Status	Ref.
United States — Jordan	17-Dic-01	5-Mar-02	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Under factual examination	...
EFTA — Jordan	1-Ene-02	22-Ene-02	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Under factual examination	...
EFTA — Croatia	1-Ene-02	22-Ene-02	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Under factual examination	...
EC — FYROM	1-Jun-01	21-Nov-01	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Under factual examination	...
New Zealand - Singapore	1-Ene-01	4-Sep-01	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Factual examination concluded	...
EFTA - Mexico	1-Jul-01	25-Jul-01	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Factual examination concluded	...
Chile — Mexico	1-Ago-99	27-Feb-01	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Factual examination concluded	...
Mexico — Israel	1-Jul-00	27-Feb-01	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Factual examination concluded	...
Georgia — Armenia	11-Nov-98	21-Feb-01	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Under factual examination	...
Georgia — Azerbaijan	10-Jul-96	21-Feb-01	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Under factual examination	...
Georgia — Kazakhstan	16-Jul-99	21-Feb-01	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Under factual examination	...
Georgia — Russian Federation	10-May-94	21-Feb-01	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Under factual examination	...
Georgia — Turkmenistan	1-Ene-00	21-Feb-01	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Under factual examination	...
Georgia — Ukraine	4-Jun-96	21-Feb-01	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Under factual examination	...
EFTA — Former Yugoslav Republic of Macedonia	1-Ene-01	31-Ene-01	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Factual examination concluded	...
Turkey — Former Yugoslav Republic of Macedonia	1-Sep-00	22-Ene-01	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Factual examination concluded	...
Kyrgyz Republic — Armenia	27-Oct-95	4-Ene-01	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Under factual examination	...
EC — South Africa	1-Ene-00	14-Nov-00	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Factual examination not started	...
EC — Morocco	1-Mar-00	8-Nov-00	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Under factual examination	...
EC — Israel	1-Jun-00	7-Nov-00	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Factual examination concluded	...
EC — Mexico	1-Jul-00	1-Ago-00	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Under factual examination	...
EFTA — Morocco	1-Dic-99	20-Feb-00	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Factual examination concluded	...
Bulgaria — Former Yugoslav Republic of Macedonia	1-Ene-00	21-Ene-00	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Factual examination concluded	...
CIS	30-Dic-94	1-Oct-99	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Under factual examination	...
Kyrgyz Republic — Kazakhstan	11-Nov-95	29-Sep-99	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Under factual examination	...
EFTA — Palestinian Authority	1-Jul-99	21-Sep-99	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Factual examination not started	...
Kyrgyz Republic — Moldova	21-Nov-96	15-Jun-99	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Factual examination concluded	...
Kyrgyz Republic — Russian Federation	24-Abr-93	15-Jun-99	GATT Art. XXIV	Free trade agreement		Under factual examination	...

Agreement	Date of entry into force	GATT/WTO notification			Document series	Examination process	
		Date	Related provisions	Type of agreement		Status	Ref.
Kyrgyz Republic — Ukraine	19-Ene-98	15-Jun-99	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG74	Under factual examination	...
Kyrgyz Republic — Uzbekistan	20-Mar-98	15-Jun-99	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG75	Under factual examination	...
Bulgaria — Turkey	1-Ene-99	4-May-99	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG72	Factual examination concluded	...
EC — Tunisia	1-Mar-98	23-Mar-99	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG69	Factual examination concluded	...
Israel — Turkey	1-May-97	18-May-98	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG60	Factual examination concluded	...
Romania — Turkey	1-Feb-98	18-May-98	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG59	Factual examination concluded	...
Romania — Moldova	1-Ene-95	24-Sep-97	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG44	Factual examination concluded	...
Canada — Chile	5-Jul-97	26-Ago-97	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG38	Factual examination concluded	...
EC — Palestinian Authority	1-Jul-97	30-Jun-97	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG43	Factual examination not started	...
EC — Faroe Islands	1-Ene-97	19-Feb-97	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG21	Under factual examination	...
Canada — Israel	1-Ene-97	23-Ene-97	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG31	Factual examination concluded	...
Faroe Islands — Norway	1-Jul-93	13-Mar-96	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG25	Factual examination concluded	...
Faroe Islands — Switzerland	1-Mar-95	8-Mar-96	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG24	Factual examination concluded	...
Faroe Islands — Iceland	1-Jul-93	23-Ene-96	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG23	Factual examination concluded	...
EC — Bulgaria	31-Dic-93	23-Dic-94	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG1	Factual examination concluded	...
EC — Romania	1-May-93	23-Dic-94	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG2	Factual examination concluded	...
CEFTA	1-Mar-93	30-Jun-94	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG11	Consultations on draft report	...
EFTA — Bulgaria	1-Jul-93	30-Jun-93	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG12	Factual examination concluded	...
EFTA — Romania	1-May-93	24-May-93	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG16	Factual examination concluded	...
NAFTA	1-Ene-94	1-Feb-93	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG4	Consultations on draft report	...
EFTA — Israel	1-Ene-93	1-Dic-92	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG14	Factual examination concluded	...
EFTA — Turkey	1-Abr-92	6-Mar-92	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG86	Report adopted	40S/48 17.12.93
United States — Israel	19-Ago-85	13-Sep-85	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	L/5862 L/ 5862/Add.1	Report adopted	34S/ 5814.05.87
CER	1-Ene-83	14-Abr-83	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG111	Report adopted	31S/170 02.10.84
EC — Syria	1-Jul-77	15-Jul-77	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG104	Report adopted	25S/123 17.05.78
PATCRA	1-Feb-77	20-Dic-76	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	L/4451 L/ 4451/Add.1	Report adopted	24S/63 11.11.77
EC — Algeria	1-Jul-76	28-Jul-76	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG105	Report adopted	24S/80 11.11.77
EC — Norway	1-Jul-73	13-Jul-73	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG137	Report adopted	21S/83 28.03.74

Agreement	Date of entry into force	GATT/WTO notification			Examination process		
		Date	Related provisions	Type of agreement	Document series	Status	Ref.
EC — Iceland	1-Abr-73	24-Nov-72	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG95	Report adopted	20S/158 19.10.73
EC — Switzerland and Liechtenstein	1-Ene-73	27-Oct-72	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG94	Report adopted	20S/196 19.10.73
EC — OCTs	1-Ene-71	14-Dic-70	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG106	Report adopted	18S/143 09.11.71
EFTA (Stockholm Convention)	3-May-60	14-Nov-59	GATT Art. XXIV	Free trade agreement	WT/REG85	Report adopted	9S/70 04.06.60
EAC	7-Jul-00	11-Oct-00	Enabling Clause	Preferential arrangement	WT/COMTD/N/14 WT/COMTD/25	Examination not requested	...
CEMAC	24-Jun-99	28-Sep-00	Enabling Clause	Preferential arrangement	WT/COMTD/N/13 WT/COMTD/24	Examination not requested	...
WAEMU/UEMOA	1-Ene-00	3-Feb-00	Enabling Clause	Preferential arrangement	WT/COMTD/N/11 WT/COMTD/23	Examination not requested	...
MSG	22-Jul-93	7-Oct-99	Enabling Clause	Preferential arrangement	WT/COMTD/N/9 WT/COMTD/21	Examination not requested	...
COMESA	8-Dic-94	29-Jun-95	Enabling Clause	Preferential arrangement	WT/COMTD/N/3	Examination not requested	...
SAPTA	7-Dic-95	22-Sep-93	Enabling Clause	Preferential arrangement	WT/COMTD/10	Examination not requested	...
AFTA	28-Ene-92	30-Oct-92	Enabling Clause	Preferential arrangement	L/4581	Examination not requested	...
CAN	25-May-88	12-Oct-92	Enabling Clause	Preferential arrangement		Examination not requested	
ECO	not available	22-Jul-92	Enabling Clause	Preferential arrangement	L/7047	Examination not requested	...
Laos — Thailand	20-Jun-91	29-Nov-91	Enabling Clause	Preferential arrangement	L/6947	Examination not requested	
GCC	not available	11-Oct-84	Enabling Clause	Preferential arrangement	L/5676	Examination not requested	...
LAIA	18-Mar-81	1-Jul-82	Enabling Clause	Preferential arrangement	L/5342	Examination not requested	...
SPARTECA	1-Ene-81	20-Feb-81	Enabling Clause	Preferential arrangement	L/5100	Examination not requested	...
Bangkok Agreement	17-Jun-76	2-Nov-76	Enabling Clause	Preferential arrangement	L/4418 L/4418/ Corr.1	Report adopted	25S/109 14.03.78
GSTP	19-Abr-89	25-Sep-89	Enabling Clause	Preferential arrangement	L/6564/Add.1	Examination not requested	...
PTN	11-Feb-73	9-Nov-71	Enabling Clause	Preferential arrangement	L/3598 18S/11	Examination not requested	...
TRIPARTITE	1-Abr-68	23-Feb-68	Enabling Clause	Preferential arrangement	L/2980 L/2980/ Add.1	Report adopted	16S/83 14.11.68
Republic of Korea - Chile	1-Abr-04	19-Abr-04	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG169 S/C/ N/302	Factual examination not started	...
Chile - El Salvador	1-Jun-02	17-Mar-04	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG165 S/C/ N/299	Factual examination not started	...
China - Macao, China	1-Ene-04	12-Ene-04	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG163 S/C/ N/265	Factual examination not started	...
China - Hong Kong, China	1-Ene-04	12-Ene-04	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG162 S/C/ N/264	Factual examination not started	...
United States - Singapore	1-Ene-04	19-Dic-03	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG161 S/C/ N/263	Factual examination not started	...
United States — Chile	1-Ene-04	19-Dic-03	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG160 S/C/ N/262	Factual examination not started	...
Singapore - Australia	28-Jul-03	1-Oct-03	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG158 S/C/ N/233	Under factual examination	...

Agreement	Date of entry into force	GATT/WTO notification			Document series	Examination process	
		Date	Related provisions	Type of agreement		Status	Ref.
CARICOM	1-Jul-97	19-Feb-03	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG155 S/C/N/229	Under factual examination	...
EFTA - Singapore	1-Ene-03	24-Ene-03	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG148 S/C/N/226	Under factual examination	...
EFTA	1-Jun-02	3-Dic-02	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG154 S/C/N/207	Factual examination concluded	...
Japan - Singapore	30-Nov-02	14-Nov-02	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG140 S/C/N/206	Factual examination concluded	...
United States — Jordan	17-Dic-01	18-Oct-02	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG134 S/C/N/193	Under factual examination	...
EC — Mexico	1-Mar-01	21-Jun-02	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG109 S/C/N/192	Under factual examination	...
Chile — Costa Rica	15-Feb-02	24-May-02	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG136 S/C/N/191	Factual examination concluded	...
New Zealand - Singapore	1-Ene-01	4-Sep-01	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG127 S/C/N/169	Factual examination concluded	...
EFTA - Mexico	1-Jul-01	25-Jul-01	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG126 S/C/N/166	Under factual examination	...
Chile — Mexico	1-Ago-99	14-Mar-01	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG125 S/C/N/142	Factual examination concluded	...
Canada — Chile	5-Jul-97	13-Nov-97	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG38 S/C/N/65	Factual examination concluded	...
EC — Bulgaria	1-Feb-95	25-Abr-97	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG1 S/C/N/55	Under factual examination	...
EEA	1-Ene-94	10-Oct-96	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG138 S/C/N/28	Factual examination concluded	...
EC — Romania	1-Feb-95	9-Oct-96	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG2 S/C/N/27	Under factual examination	...
CER	1-Ene-89	22-Nov-95	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG40 S/C/N/7	Consultations on draft report	...
EC (Treaty of Rome)	1-Ene-58	10-Nov-95	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG39S/C/N/6	Under factual examination	...
NAFTA	1-Abr-94	1-Mar-95	GATS Art. V	Services agreement	WT/REG4 S/C/N/4	Consultations on draft report	...



Implicaciones en Inversiones

Gonzalo Capriles

Este informe versa sobre el impacto en la normativa andina en materia de inversiones, de los acuerdos que pudieren alcanzarse en las negociaciones tendentes a la creación del ALCA o a la conclusión de acuerdos de libre comercio entre los Estados Unidos y varios Países Miembros de la CAN. La comparación entre las disposiciones de la CAN, los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros, incluyendo sus Constituciones, leyes sobre inversiones y sus Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones y los textos del más reciente Proyecto de Acuerdo del ALCA y del TLC entre Chile y los Estados Unidos, permite concluir que ese impacto sería relativamente menor, dado que la normativa andina cubre sólo de manera parcial los temas tratados en las negociaciones sobre inversiones y que los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros tienen normas sustancialmente compatibles con las contenidas en el Proyecto de Acuerdo del ALCA y en el TLC entre Chile y los Estados Unidos. Se presentan conclusiones y recomendaciones sobre puntos específicos discutidos en esas negociaciones.

I. RESUMEN EJECUTIVO

1. El objeto del estudio ha sido la determinación del impacto de las negociaciones que actualmente llevan a cabo los Países Miembros de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) con otros países del Hemisferio, sobre la normativa andina rectora de las inversiones. En particular, el estudio analiza el impacto que sobre esa normativa pudieren tener la conclusión de acuerdos sobre el tema de inversiones en las negociaciones tendentes al establecimiento de un Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA), en las que participan todos los Países Miembros, así como en las negociaciones bilaterales que llevan, por una parte, los Estados Unidos de América y, por la otra, las Repúblicas de Colombia, Ecuador y Perú, con la participación de Bolivia como observadora.

2. La metodología seguida para el estudio ha consistido en, primeramente, la determinación del marco jurídico de las referidas negociaciones hemisféricas, lo cual abarcó el análisis de los acuerdos multilaterales sobre inversiones (Acuerdos de la Organización de las Naciones Unidas, de la Organización Mundial del Comercio, convenciones sobre mecanismos de solución de controversias relativas a inversiones y la revisión de la negociación del Acuerdo Multilateral de Inversiones de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico), y el análisis de las normas sobre inversiones contenidas en los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros. Este último aspecto del estudio abarcó la revisión de las disposiciones constitucionales de los Países Miembros sobre los asuntos fundamentales en esta materia, como lo son el reconocimiento de los derechos de propiedad y a realizar inversiones y otras actividades económicas de la preferencia de cada quien; la regulación constitucional de las inversiones, incluyendo el tema de las reservas constitucionales de ciertos sectores de la actividad económica a la inversión nacional, o a inversionistas nacionales, como lo sería el Estado; y la regulación constitucional de los mecanismos de solución de diferencias entre un inversionista y el Estado en el que ese inversionista hace su inversión, lo que incluye el tema del recurso al arbitraje internacional. Además del aspecto constitucional, el análisis de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros abarcó el estudio de sus normas legales y sublegales sobre inversiones, incluyendo los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPis), de los que esos países son parte.

Sobre la base de esta recopilación de normas y posterior análisis de las normas multilaterales andinas y de los Países Miembros se estudian los aspectos de las negociaciones sobre inversiones que fueron considerados como los que mayor impacto podrían tener sobre la normativa andina en materia de inversiones. Esos aspectos son los atinentes a los conceptos de inversión y de inversionista, los estándares de trato nacional y trato de nación más favorecida; lo relativo a las expropiaciones, nacionalizaciones y otras medidas de efectos similares, que afecten el ejercicio pleno del derecho de propiedad por parte del inversionista; lo atinente a las transferencias de fondos al exterior que puedan realizar el inversionista o

la empresa en la que éste ha invertido; la regulación de los requisitos de desempeño que puedan ser impuestos; la relación entre la normativa aplicable a las inversiones y la de los servicios, y finalmente, los mecanismos de solución de controversias entre un inversionista y el Estado en el que ha hecho su inversión.

En cada caso, se han identificado las normas andinas aplicables y, cuando éstas no existen, no regulan la materia en detalle o remiten a la normativa interna de los Países Miembros, ésta ha sido analizada para individualizar los aspectos comunes que permitan caracterizar la posición de los Países Miembros sobre el tema de que se trate. Luego esas normas andinas, o en su caso, los principios comunes a los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros, han sido comparados con el Proyecto de Acuerdo del ALCA presentado en la última Reunión Ministerial, celebrada en Miami en el 2003, y con el Tratado de Libre Comercio vigente entre Chile y los Estados Unidos de América, por cuanto se consideró que éste, por ser el más reciente acuerdo sobre la materia vigente entre los Estados Unidos y un país del Hemisferio, representaba mejor la posición negociadora de los Estados Unidos sobre este tema.

II. CONCLUSIONES DE ORDEN GENERAL:

A continuación exponemos las conclusiones de orden general que resultan del estudio:

1. Respaldo constitucional a la protección de las inversiones: El análisis de las Constituciones de los Países Miembros permite concluir que todas ellas proveen el suficiente respaldo a la protección legal de las inversiones, por cuanto reconocen los derechos de propiedad y a dedicarse a la actividad económica de la preferencia de cada quien; regulan las expropiaciones y otros actos similares, sometiéndolas a estrictos requisitos y ordenando la correspondiente indemnización; permiten las inversiones, aunque en algunos sectores hay restricciones a la inversión privada o a la inversión extranjera, y permiten el sometimiento de las controversias entre inversionistas y el Estado, a fórmulas distintas a la jurisdicción de ese Estado, incluyendo el arbitraje internacional.

2. Regulación constitucional de asuntos específicos sobre inversiones: En las Constituciones de los Países Miembros hay normas específicas sobre trato nacional a los inversionistas extranjeros, apoyo a los procesos de integración, reserva de sectores específicos, etc., que constituyen lineamientos fundamentales para las negociaciones. La aplicación de esas disposiciones debe ser preservada en los acuerdos que se negocien, puesto que de otra forma éstos podrían ser acusados de inconstitucionalidad, lo que a su vez podría constituirse en un serio obstáculo para la participación del país de que se trate, en el acuerdo que fuere declarado inconstitucional.

Destacan entre las disposiciones constitucionales que deben ser preservadas en los acuerdos internacionales que se celebren sobre el tema de inversiones, las siguientes:

a) Derecho de propiedad: Sin perjuicio de la posibilidad de que el acuerdo internacional pueda establecer restricciones a este derecho, el mismo debe ser respetado. Ello implica que las medidas que el Estado pueda adoptar conforme al acuerdo internacional que afecten el pleno ejercicio del derecho de propiedad, tales como las expropiaciones o medidas similares, las limitaciones temporales a las transferencias al exterior o los requisitos de desempeño, deben realizarse conforme al debido proceso, sólo en los casos en los que el ordenamiento jurídico del país lo permita y, de ser el caso, con la debida indemnización.

- b) Reservas constitucionales de sectores o actividades económicas, a inversionistas nacionales o al Estado: Existen en las Constituciones de varios Países Miembros disposiciones que reservan ciertos sectores de la actividad económica, o ciertas actividades económicas, al Estado, o que permiten hacer reservas de ese tipo. Un acuerdo internacional que no reconozca estas reservas, que prohíba hacerlas o que obligue a la privatización de esos sectores o actividades, sería contrario a esos postulados constitucionales.
- c) Apoyo a la integración latinoamericana y caribeña: Varias de las Constituciones de los Países Miembros contienen disposiciones que obligan a promover, apoyar y propulsar la integración latinoamericana y caribeña. Cualquier disposición de un acuerdo internacional que menoscabe esos procesos de integración o que supedite sus actividades a lo previsto en ese acuerdo internacional podría ser considerada como inconstitucional.
- d) Facultades estatales para establecer políticas económicas, incluyendo las que afecten a las inversiones: Las Constituciones de los Países Miembros atribuyen al Estado facultades para establecer políticas económicas, incluyendo políticas que pudieren afectar lo relativo a las inversiones. Aun cuando consideramos que los acuerdos internacionales pueden establecer limitaciones a esas facultades (Por ejemplo, determinando los casos en que los requisitos de desempeño pueden ser impuestos, o los tipos de requisitos de desempeño que podrían ser establecidos, u otras limitaciones similares), en nuestro criterio un acuerdo internacional que prohíba al Estado establecer políticas que afecten a las inversiones sería contrario a esos textos constitucionales.
- e) Trato nacional: Varias Constituciones de los Países Miembros establecen este estándar de tratamiento a los inversionistas extranjeros, equiparándolos a los nacionales. Ese estándar de trato debe ser respetado en los acuerdos internacionales. Entendemos en este sentido que las disposiciones constitucionales que establecen igual trato entre los inversionistas nacionales y los extranjeros no son contradictorias *per se* con una disposición de un acuerdo internacional que otorgue a los inversionistas extranjeros un trato no menos favorable al concedido al nacional en circunstancias similares. En todo caso, podría discutirse la constitucionalidad de una disposición específica que establezca mayores derechos para los inversionistas extranjeros que para los nacionales en circunstancias similares.
- f) Jurisdicciones nacionales para la solución de controversias entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión: Todas las Constituciones de los Países Miembros atribuyen competencia a sus órganos jurisdiccionales para pronunciarse cuando un inversionista demande el incumplimiento de una obligación del Estado según el acuerdo internacional que proteja su inversión. Si bien esas Constituciones reconocen la posibilidad de que el caso sea sometido a otras jurisdicciones, e incluso a los mecanismos de arbitraje internacional que se plantean en el Proyecto de Acuerdo del ALCA y en el TLC entre Chile y los Estados Unidos, consideramos que, para preservar las competencias constitucionalmente atribuidas a los tribunales nacionales, el recurso al arbitraje debe ser facultativo, esto es, el inversionista debe tener el derecho de escoger entre la jurisdicción nacional y el arbitraje internacional. Una prohibición de someter la controversia a tribunales nacionales sería contraria a las disposiciones constitucionales en la materia.

3. Insuficiencia de la normativa andina sobre inversiones: La normativa andina regula únicamente la inversión extranjera directa, considerada como el aporte del exterior al capital social de una empresa, en divisas, en otros bienes tangibles o, si la normativa interna del

País Miembro de que se trate lo permite, en contribuciones tecnológicas intangibles; la inversión subregional, la neutra y la de las EMAs. En cuanto a los demás temas tratados en las negociaciones internacionales sobre inversiones que actualmente adelantan los Países Miembros, la normativa andina esencialmente sólo establece un estándar de trato nacional, ciertas disposiciones específicas a favor de las EMAs y una remisión a los ordenamientos jurídicos nacionales respecto de los mecanismos de solución de controversias.

Como resultado de esta insuficiencia, no hay una regulación andina sobre numerosos temas de fundamental importancia para los inversionistas y la Subregión está en desventaja frente a otras áreas de integración del Hemisferio, que han establecido normas comunes sobre la protección de inversiones, como es el caso del MERCOSUR mediante el Protocolo de Colonia.

4. Conveniencia de ampliación y actualización de la normativa andina sobre inversiones: La ausencia de regulación andina de los diversos temas tratados en las negociaciones demuestra, según nuestro criterio, la conveniencia de ampliar la regulación andina sobre inversiones, de manera de ofrecer al inversionista como espacio para sus inversiones, conjuntamente con el mercado andino, un área de protección uniforme de sus inversiones. Entendemos que ésta no es una iniciativa que debería analizarse estrictamente en relación con las negociaciones actualmente en curso, sino como un paso más en el proceso de integración andino.

Consideramos que para esta ampliación y actualización la CAN debe partir de los criterios establecidos en los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros, los cuales han sido identificados en este estudio, al menos respecto de los temas que éste abarca.

5. Coincidencias en la regulación de las inversiones en los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros: La comparación de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros sobre inversiones, tanto respecto de sus leyes y demás disposiciones internas, como en cuanto a sus APPIs, muestra un importante proceso de armonización legislativa, conforme al cual muchos de los elementos y características de la regulación de las inversiones son iguales o muy similares entre todos los Países Miembros. Esto ha permitido, para muchos de los puntos concretos tratados en este estudio, identificar las notas características comunes a esos ordenamientos jurídicos y obtener un factor comparable con las disposiciones propuestas para el ALCA o contenidas en el TLC entre Chile y los Estados Unidos. Sobre esa misma base, es posible construir una regulación andina sobre promoción y protección de inversiones.

6. Algunos lineamientos específicos para las negociaciones: Los siguientes lineamientos pueden ser seguidos en las diferentes negociaciones sobre inversión:

- a) Mantener la coherencia con las disposiciones constitucionales de los Países Miembros: Conforme a lo explicado anteriormente, deberán preservarse en los acuerdos internacionales las disposiciones constitucionales que regulan aspectos aplicables a las inversiones.
- b) Mantener la coherencia con los principios generales de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros, sobre inversiones: Ya se ha indicado que los Países Miembros, sea a través de sus leyes internas rectoras de las inversiones, sea mediante sus APPIs, han establecido disposiciones inspiradas en principios que guardan estrecha similitud entre ellos. Esos principios generales de trato a las inversiones y a los inversionistas, que se identifican en este estudio, deben ser respetados en las negociaciones, en el sentido de que los Países Miembros deberían intentar que los acuerdos internacionales sobre

inversiones no se diferencien sustancialmente de los principios conforme a los cuales han regulado a las inversiones, internamente o en otros acuerdos internacionales.

- c) Mantener los espacios para las políticas de los Países Miembros sobre inversiones: Tanto para mantener la coherencia con ciertas disposiciones constitucionales, según se ha comentado, como para proveer mecanismos de apoyo a las inversiones que se consideren más convenientes para el desarrollo económico, es conveniente insistir en las negociaciones en el mantenimiento de los espacios para las políticas de los Países Miembros sobre inversiones, que se pueden expresar en la reserva o privatización de sectores o actividades económicas, en la imposición de ciertos requisitos de desempeño, en conexión o no con incentivos o ventajas, etc. Esas políticas para inversiones pueden, por ejemplo, permitir el establecimiento de reglas más favorables para las inversiones intrasubregionales que para las de fuera de la Subregión.

En conexión con esta materia, los Países Miembros podrían considerar la opción de establecer esas políticas sobre inversiones mediante Decisiones de la CAN provistas, por una parte, de la aplicación directa y preferente sobre el ordenamiento jurídico interno de los Países Miembros, por su condición de normas supranacionales, y por la otra, basadas en el hecho de que la CAN es diferente a sus Países Miembros y, por tanto, no está sujeta por los acuerdos que éstos hayan suscrito.

- d) Remitir los aspectos que no puedan ser definidos en detalle en las negociaciones, a los mecanismos de solución de controversias: Esto puede permitir introducir en el acuerdo de que se trate una dosis de flexibilidad necesaria para acomodar los distintos intereses y puntos de vista. En efecto, más que pretender determinar mediante normas detalladas los aspectos de cada uno de los asuntos sujetos a negociación, podría evaluarse la regulación de esos aspectos en sus términos generales y la posterior sujeción de las controversias que pudieren surgir respecto de la interpretación y aplicación de esa disposición, a los mecanismos de solución de controversias que el acuerdo permita. De esta forma, sería la interpretación reiterada de las disposiciones del acuerdo por parte de los órganos a cargo de la solución de controversias, la que establecería el sentido y alcance de las disposiciones de ese acuerdo.

III. RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS:

Al analizar cada aspecto en particular en el estudio, se han determinado las opciones que se consideran más acordes con los principios rectores de las inversiones en los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros. A continuación señalaremos los que consideramos más relevantes:

1. Concepto de inversión: Consideramos que debe adoptarse un concepto amplio de «inversión», que abarque tanto a la inversión extranjera directa como a otras formas de inversión reconocidas por los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros. Ese concepto amplio de inversión puede reflejar el que se identifica como al adoptado por los Países Miembros, según el cual la inversión es todo tipo de activo propiedad de un inversionista o sobre el cual éste ejerza control, que sea invertido en un país según su ordenamiento jurídico, y que abarca la propiedad de bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales, las acciones y todo otro tipo de participación en sociedades, los derechos de crédito y los derechos a prestaciones que tengan un valor económico, los derechos de propiedad intelectual y las concesiones otorgadas por ley o por un contrato.

El uso de conceptos generales en esa definición, tales como el de «prestaciones que tengan un valor económico», permite evitar la inclusión expresa en el concepto de inversión de contratos específicos, tales como los de construcción, los de llave en mano, los de gerencia y los contratos donde la remuneración dependa sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa.

Respecto de los créditos, creemos que igualmente pueden ser considerados como prestaciones con valor económico. Sin embargo, visto que Colombia y Ecuador mantienen que los préstamos no son inversión, sugerimos que se intente dejar fuera de la concepción de «inversión» a esta forma específica de créditos, o que el asunto sea derivado a las decisiones que sobre el particular puedan adoptar los mecanismos de solución de controversias.

En cuanto a la calificación como «inversión» de las compras de acciones de sociedades con fines especulativos, reteniéndolas durante corto plazo, consideramos que se las debe incluir en esa definición, por ajustarse a los lineamientos que sobre el particular han adoptado los Países Miembros.

2. Concepto de inversionista: Consideramos que deben considerarse como inversionistas tanto a las personas naturales como a las jurídicas.

Respecto de las personas naturales, podría acogerse el criterio de nacionalidad de la persona, para determinar si es un inversionista cubierto por el acuerdo de que se trate. Así, las personas naturales que sean nacionales de un país que sea parte de ese acuerdo, serían consideradas como inversionistas de ese país. Este criterio puede ser complementado con los de residencia y domicilio, a fin de abarcar también en la definición a las personas naturales extranjeras que se domicilien y residencien en otro país, lo cual es conforme con los principios del Mercado Común Andino.

En cuanto a las personas jurídicas, consideramos que se puede aceptar la propuesta que considera como inversionistas protegidos por el acuerdo a las personas jurídicas constituidas o domiciliadas conforme a la legislación interna de una Parte del acuerdo. Por lo que respecta al criterio de control sobre la inversión, estimamos que igualmente puede ser aceptado, por cuanto es usual en los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros la consideración de las filiales, sucursales y subsidiarias como inversionistas. Sería necesario analizar con mayor detenimiento lo relativo al control indirecto sobre una empresa.

3. Trato nacional: El estándar de trato nacional debe ser aceptado, incluso por mandato constitucional en el caso de varios Países Miembros. La fórmula según la cual los inversionistas extranjeros deben ser tratados de manera no menos favorable que los inversionistas nacionales en circunstancias similares puede ser aceptada, a reserva de la determinación de la constitucionalidad de las disposiciones específicas que establezcan un trato más favorable para los inversionistas extranjeros que para los nacionales, en los casos de los países cuyas Constituciones exigen que se otorgue a unos y otros el mismo trato.

Creemos que es contrario a los principios que rigen el trato nacional en los Países Miembros, aceptar su extensión a las situaciones en que la inversión no se ha realizado aún (esto es, a la etapa del establecimiento de la inversión), y aun a etapas previas, en las que tan sólo podría existir una intención de hacer una inversión.

Creemos también que es conveniente aceptar las disposiciones que regulan el trato nacional en los casos de estados federales o con otras formas de gobierno a nivel regional, así como las propuestas que lo registren en cuanto a la protección de la propiedad intelectual. Tampoco tenemos objeciones a que se excluyan del trato nacional a las compras del Sector Público, ni a los subsidios o donaciones otorgados por una Parte o por una empresa del Estado.

Consideramos que es conveniente establecer excepciones al trato nacional, para cubrir los casos en los cuales los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros establecen tratos más favorables a los inversionistas nacionales. Respecto de las posibilidades de establecer normas de «stand still» respecto de esos tratos más favorables, o de delimitar los sectores o actividades económicas respecto de los cuales éstos podrían mantenerse o establecerse, notamos que ello podría significar una limitación importante a las posibilidades de establecer políticas de desarrollo que contemplen tratos más favorables para los inversionistas o las inversiones nacionales, salvo que las mismas fuesen adoptadas por Decisiones comunitarias.

4. Trato de Nación Más Favorecida: Consideramos que debe aceptarse este estándar, con excepciones a favor de los tratos especiales concedidos en virtud de los acuerdos de integración económica, en materia tributaria y para facilitar relaciones fronterizas. Son aplicables a este tema, *mutatis mutandi*, las observaciones formuladas respecto de las listas de excepciones al trato nacional.

5. Expropiaciones, nacionalizaciones y otros actos que afecten el ejercicio pleno del derecho de propiedad por parte del inversionista: Creemos que debe aceptarse una regulación de estas medidas, que determine claramente las razones por las que pueden ser tomadas, las someta al debido proceso y prevea una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

Creemos improcedente la sujeción del monto de la indemnización a negociaciones entre el inversionista expropiado y el Estado expropiante. Consideramos igualmente que es conveniente no incluir ninguna disposición sobre el tipo de cambio que será aplicado para el cálculo del monto de la indemnización, y que es conveniente excluir de la regulación de las expropiaciones a las licencias obligatorias y a la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual, siempre que se actúe conforme a lo previsto en el ADPIC.

Creemos que la adopción de fórmulas como la planteada en el TLC entre Chile y los Estados Unidos, que remite al mecanismo de solución de controversias la determinación de si en un caso concreto se está o no en presencia de una «expropiación indirecta», es un elemento que introduce una importante flexibilidad a esta normativa, y que podría ser seguido por los Países Miembros. Es importante, en este contexto, el que se mantenga la aclaratoria de que sólo en casos excepcionales podrían ser consideradas como «expropiaciones indirectas» las medidas que se adopten en forma no discriminatoria para lograr objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.

6. Transferencias: Consideramos que debe aceptarse, como regla general, la posibilidad de que se efectúen libremente todas las transferencias relacionadas con una inversión. Debería preservarse, sin embargo, la posibilidad de que se establezcan limitaciones a las transferencias por motivos de balanza de pagos, en forma equitativa y no discriminatoria y en conformidad con los criterios internacionalmente aceptados. Las limitaciones a las transferencias pueden igualmente deberse a incumplimientos con obligaciones tributarias o laborales que impliquen delitos o infracciones administrativas.

Consideramos inconveniente que se prohíba en los acuerdos internacionales sobre inversiones, la imposición de obligaciones de hacer ciertas transferencias, por cuanto ello

podría limitar la capacidad de los Países Miembros para acopiar divisas en caso de enfrentar serias dificultades de balanza de pagos.

7. Requisitos de desempeño: Una prohibición al establecimiento de requisitos de desempeño podría ocasionar serios inconvenientes para el establecimiento de políticas de promoción de inversiones, o de desarrollo en general, que pretendan canalizar inversiones hacia ciertas actividades o sectores económicos. En este sentido, si se han de establecer requisitos de desempeño, pareciera ser más conveniente establecer una lista de los requisitos prohibidos, de manera de permitir el uso de los que no se incluyan en esa lista. Pareciera conveniente limitar en lo posible las prohibiciones a los requisitos de desempeño, a las medidas MIC contenidas en el Acuerdo de TRIMS de la OMC. Si ello no fuere posible, debería en todo caso rechazarse la prohibición a los requisitos de desempeño en el área de los servicios, así como su extensión a los incentivos de desempeño. Consideramos procedente la exclusión de la regulación sobre requisitos de desempeño, a favor de los programas de promoción de exportaciones y de ciertas ayudas, así como respecto de las compras del sector público.

8. Servicios: Existe una estrecha relación entre los temas de inversión y los de servicios, dado que una de las modalidades de comercio de servicios es la de la presencia comercial, que implica la realización de una inversión. Deberían preservarse el que las ventajas que los Países Miembros de la CAN se han otorgado entre sí en materia de comercio de servicios, no se extiendan a terceros.

9. Solución de controversias: Consideramos procedente la adopción de fórmulas que permitan, más no obliguen, al inversionista a recurrir al arbitraje internacional. Al recurrir al arbitraje, creemos que lo ideal es que se recurra al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI), dada su especialización en el tipo de problemas que confrontan los inversionistas y la participación en el mismo de los Países Miembros. Debe dejarse abierta la posibilidad de recurrir al Mecanismo Complementario, cuando ello sea necesario. Consideramos que la escogencia de un mecanismo de solución de controversias debe ser definitiva y creemos que sería conveniente que se previesen facultades para imponer medidas precautorias. Respecto del alcance del laudo, consideramos que lo mejor es la fórmula contenida en los APPIs de Venezuela, según la cual el laudo arbitral sólo debe contemplar el pago de daños pecuniarios más sus intereses. Sin embargo, es aceptable lo planteado en el Proyecto de Acuerdo del ALCA, en el sentido de que la parte contendiente obligada a la restitución pueda, a cambio, pagar daños pecuniarios.

I. INTRODUCCIÓN:

El presente estudio versa sobre el posible impacto en la normativa andina rectora de las inversiones, de las negociaciones que actualmente llevan a cabo los Países Miembros de la Comunidad Andina de Naciones, con otros países del Hemisferio Occidental, con miras a la conformación de zonas de libre comercio.

En ese sentido, y de conformidad con la Propuesta Metodológica aprobada por la Secretaría General de la CAN, se estudiará el impacto que sobre esa normativa andina pudieren tener tanto las negociaciones tendentes al establecimiento de un Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), en las que participan todos los Países Miembros, como el de las negociaciones bilaterales que llevan, por una parte, los Estados Unidos de América y, por la otra, las Repúblicas de Colombia, Ecuador y Perú, todas ellas miembros de la CAN. La República de Bolivia es actualmente sólo observadora en esas negociaciones, en tanto que la República Bolivariana de Venezuela no participa en dichas negociaciones.

El objeto de este estudio lo constituye la regulación aplicable a las inversiones, con particular énfasis en las inversiones extranjeras, esto es, en aquellas en las que el capital invertido – independientemente de la forma que éste adopte, o de la manera en que la inversión sea efectuada – proviene de un país distinto al País Miembro de la CAN en el cual esa inversión es realizada.

II. EL MARCO JURÍDICO DE LAS NEGOCIACIONES HEMISFÉRICAS SOBRE INVERSIONES:

a) Los acuerdos multilaterales sobre inversiones:

El marco más amplio de esas negociaciones lo constituyen los acuerdos multilaterales sobre inversiones, de los cuales analizaremos aquéllos de los que son parte todos los Países Miembros de la CAN, puesto que, por una parte, ningún acuerdo alcanzado en las negociaciones del ALCA o en negociaciones bilaterales con los Estados Unidos debería vulnerar lo previsto en esos acuerdos multilaterales y, por la otra, los referidos acuerdos forman parte del ordenamiento jurídico de los Países Miembros, participantes o no en esas negociaciones, y por lo tanto expresan la posición de esos países sobre los asuntos tratados en los acuerdos, y los compromisos que esos países han estado dispuestos a alcanzar.

I) La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados:

Esta Carta fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su vigésimo noveno período de sesiones, en el año 1974. Representa, por tanto, la más amplia expresión del entendimiento de la comunidad internacional sobre los derechos de los Estados. Allí se expresa, en cuanto a las inversiones, lo siguiente:

«Artículo 2. Párrafo 2.- Todo Estado tiene el derecho de:

- a) Reglamentar y ejercer autoridad sobre las inversiones extranjeras dentro de su jurisdicción nacional con arreglo a sus leyes y reglamentos y de conformidad con sus objetivos y prioridades nacionales. Ningún Estado deberá ser obligado a otorgar un tratamiento preferencial a la inversión extranjera;
- b) Reglamentar y supervisar las actividades de empresas transnacionales que operen dentro de su jurisdicción nacional y evitar medidas para asegurarse de que esas actividades se ajusten a sus leyes, reglamentos y disposiciones y estén de acuerdo con sus políticas económicas y sociales. Las empresas transnacionales no intervendrán en los asuntos internos del Estado al que acudan. Todo Estado deberá, teniendo en cuenta plenamente sus derechos soberanos, cooperar con otros Estados en el ejercicio del derecho a que se refiere este inciso;
- c) Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden mutua y libremente que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios».

Es claro que la Carta reconoce el derecho de los Estados a ejercer su autoridad sobre las inversiones extranjeras que se realicen, o vayan a realizarse, en su territorio, en aplicación de principios generales de derecho internacional que reconocen los poderes de los Estados, en ejercicio de su soberanía, sobre los extranjeros y sus actividades en su territorio, incluyendo a las empresas y a los inversionistas extranjeros.

Por otra parte, el derecho de los Estados a nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros es ampliamente reconocido por el derecho internacional, e incluso, se lo consagra en numerosos Acuerdos Bilaterales de Protección de Inversiones, en los que sólo se regula el que la expropiación se efectúe conforme a derecho y se compense pronta y adecuadamente al inversionista. Entendemos que no hay contradicción entre los postulados de la Carta y las disposiciones de esos Acuerdos en materia de nacionalización, expropiación o transferencia de bienes extranjeros, ya que esos Acuerdos forman parte de las «...leyes y reglamentos aplicables...», que el Estado debe tomar en consideración. Tampoco habría contradicción en lo que respecta al sometimiento a arbitraje internacional de las controversias referentes a la compensación debida al inversionista cuya inversión ha sido expropiada, nacionalizada o transferida, toda vez que el Estado habría soberanamente aceptado ese sometimiento al arbitraje, al aprobar el tratado, bilateral o multilateral, por el cual se reconozca la procedencia de ese arbitraje.

II) El Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre Medidas de Inversión relacionadas con el Comercio:

Este Acuerdo, que será identificado en lo sucesivo como el Acuerdo de TRIMS, por sus iniciales en inglés (Trade Related Investment Measures), forma parte del Anexo 1A, contentivo de los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías, del Acuerdo de Marrakech por el que se crea la Organización Mundial del Comercio (OMC) y, como tal, es obligatorio para todos los Miembros según lo previsto en el párrafo 2 del Artículo II de ese Acuerdo.

El Acuerdo de TRIMS impone a los Miembros de la OMC la obligación de no adoptar ninguna medida en materia de inversión relacionada con el comercio, en adelante «Medidas MIC», que sea contraria a las disposiciones de los artículos III o XI del GATT de 1994.

El artículo III del GATT de 1994 regula el trato nacional en materia de tributación y de reglamentaciones interiores. Esa disposición prevé que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos en cantidades o en proporciones determinadas, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional. En particular, cabe resaltar la disposición contenida en el párrafo 4 del Artículo III, según el cual «Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior...».

Por su parte, el artículo XI prevé la eliminación general de las restricciones cuantitativas, en términos según los cuales «Ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá – aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas – prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la

venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas».

El Acuerdo de TRIMS incluye una lista ilustrativa de Medidas MIC que se consideran incompatibles con los artículos III o XI del GATT de 1994. Esa lista incluye las medidas que exigen que una empresa compre determinados niveles de productos de origen nacional («prescripciones en materia de contenido nacional») o que limitan el volumen o el valor de las importaciones que esa empresa puede comprar o utilizar a una cantidad relacionada con el nivel de los productos que exporte («prescripciones en materia de nivelación del comercio»). Los Países Miembros hicieron las respectivas notificaciones al Consejo del Comercio de Mercancías, de todas las Medidas MIC inconformes con los referidos artículos, y pudieron mantenerlas durante el lapso de cinco años previsto para los países en desarrollo.¹

La más reciente decisión de la OMC sobre este tema está contenida en el «Paquete de Cancún», como se ha denominado a la Decisión adoptada por el Consejo General el 1º de agosto de 2004, donde se prevé que el tema de las inversiones y su relación con el comercio no formará parte del Programa de Trabajo establecido en la Declaración Ministerial de Doha y, por consiguiente, durante la Ronda de Doha no se llevarán a cabo en la OMC trabajos encaminados a la celebración de negociaciones sobre este tema.

En conclusión, los Países Miembros deberían evitar tanto mantener en sus ordenamientos jurídicos disposiciones que violasen lo previsto en el Artículo III, como adoptar Medidas MIC que vulneren lo previsto en esa disposición.

Ahora bien, corresponde en definitiva al mecanismo de solución de controversias de la OMC la determinación de si una disposición contenida en la legislación de un País Miembro es o no una Medida MIC contraria a las disposiciones del Acuerdo de TRIMS, por lo que, en tanto no se produzca una decisión firme sobre ese particular, los Países Miembros podrían mantener las medidas MIC que tuviesen vigentes.

III) Las convenciones sobre mecanismos de solución de controversias relativas a inversiones:

Reviste particular importancia la pertenencia de Países Miembros de la CAN a convenciones que establezcan mecanismos de solución de controversias relativas a inversiones, puesto que, visto que el tema de la solución de esas controversias es uno de los más importantes en las negociaciones que actualmente están en curso, esa pertenencia indica la correspondencia entre esas convenciones y el resto del ordenamiento jurídico de ese país, de lo que resulta que no existirían, en principio, obstáculos a la adopción de mecanismos de solución de controversias del tipo de los establecidos por esos convenios, en los acuerdos que resulten de las negociaciones que actualmente tienen lugar, arriba mencionadas.

La primera y más importante de las convenciones multilaterales sobre mecanismos de solución de controversias relativas a inversiones la constituye el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, de 1966, bajo los auspicios del Banco Mundial. Este Convenio creó el Centro Internacional

¹ Colombia obtuvo varias prórrogas de ese período original, hasta el 31 de diciembre de 2003. En la Conferencia Ministerial de Doha se adoptó una decisión por la que se urge al Consejo del Comercio de Mercancías a que «considere positivamente» las peticiones que puedan hacer los países menos adelantados al amparo del período de transición de siete años con el que cuentan en virtud del Acuerdo de TRIMS para eliminar las MIC incompatibles con éste. Ninguno de los Países Miembros de la CAN es un país menos adelantado y, por tanto, ninguno de esos países puede valerse de esta decisión.

de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), con el fin de dar facilidades para la solución, por medio de la conciliación y el arbitraje, de las diferencias relativas a inversiones existentes entre los gobiernos y los inversionistas extranjeros.

El acceso a las facilidades del CIADI en relación con la conciliación y el arbitraje es completamente voluntario. Sin embargo, una vez que se accede a los mecanismos del CIADI no se puede desistir de ellos unilateralmente. Todas las partes contratantes de la Convención del CIADI están obligadas a reconocer y ejecutar las decisiones arbitrales del CIADI.

Junto con las facilidades de conciliación y arbitraje otorgadas por el Convenio del CIADI, el Centro, desde 1978, ha definido un conjunto de Reglas Adicionales de Facilitación que autorizan al Secretariado del CIADI a administrar ciertos procedimientos entre Estados y nacionales de otros países por fuera del campo de aplicación del Convenio. También se encuentran disponibles facilidades adicionales sobre conciliación y arbitraje en casos en que la controversia no esté relacionada con inversiones, siempre y cuando se relacione con una inversión «cuyas características lo diferencien de una transacción comercial ordinaria».

Los Países Miembros de la CAN son partes del antes mencionado Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados² y, por tanto, en principio sus ordenamientos jurídicos, incluyendo sus respectivas Constituciones, permiten recurrir a procedimientos de conciliación y arbitraje internacionales, para el arreglo de ese tipo de diferencias.

Un segundo convenio multilateral con normas acerca de la solución de diferencias sobre inversiones lo constituye el Convenio que establece el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), el cual fue sometido a los gobiernos de los países miembros del Banco Mundial por la Junta de Gobernadores de ese Banco, el 11 de octubre de 1985, a fin de promover el flujo de inversiones con propósitos productivos entre los miembros, y en particular, para desarrollar a los miembros, con lo que complementa las actividades del Banco Mundial, la Corporación Financiera Internacional y otras instituciones financieras de desarrollo. Para obtener esos fines, el OMGI emite garantías, incluyendo mecanismos de coseguro y de reaseguro, contra los riesgos no comerciales respecto de las inversiones en un país miembro, provenientes de otros miembros.

En cuanto a la solución de diferencias, ese Convenio prevé que las disputas entre el OMGI y un miembro de éste, serán resueltas mediante el mecanismo contenido en el Anexo II de ese Convenio, que establece mecanismos de negociación, conciliación y arbitraje, el cual se llevará a cabo, salvo que las partes acuerden otra cosa, de conformidad con las reglas de arbitraje del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, antes mencionado.

Todos los Países Miembros de la CAN son también miembros del OMGI, lo cual nuevamente indica que la adopción de fórmulas de solución de controversias sobre inversiones que implique el sometimiento de la diferencia a mecanismos de arbitraje internacional no es extraña a la tradición jurídica de esos países, ni colide con su ordenamiento jurídico, incluso el constitucional.

² El Convenio entró en vigor para Bolivia el 23 de julio de 1995; para Colombia el 14 de agosto de 1997; para Ecuador el 14 de febrero de 1986; para Perú el 8 de septiembre de 1993 y para Venezuela el 1° de junio de 1995.

IV) La negociación del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) en la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE):

A partir de 1995, la OCDE inició la negociación del AMI, con la intención de crear una estructura multilateral amplia para las inversiones internacionales, con normas sobre la liberalización de los regímenes de inversiones y la protección de éstas. Se preveía que las negociaciones concluyesen en 1997, pero se extendieron hasta 1998, año en el que se concluyó que las mismas habían fracasado.

La intención del AMI era proveer un «campo de juego parejo» a los inversionistas internacionales, con normas uniformes sobre acceso al mercado y seguridad jurídica, para lo cual se preveía el fortalecimiento de la condición legal de los instrumentos con que ya contaba la OCDE, la presentación de nuevas disciplinas sobre, por ejemplo, el movimiento de personal clave, monopolios, privatización y requisitos de desempeño, y establecer procedimientos obligatorios para la solución de disputas sobre inversiones por medio del arbitraje internacional.

Ninguno de los Países Miembros de la CAN es miembro de la OCDE y, por tanto, esos países no participaron en las negociaciones del AMI. Sin embargo, a pesar del fracaso de estas negociaciones, el análisis de los temas allí discutidos puede ser una referencia importante respecto de la tendencia imperante en el mundo respecto del régimen jurídico aplicable a las inversiones.

b) Las normas constitucionales sobre inversiones en los Países Miembros de la CAN:

Es necesario analizar las normas constitucionales de los Países Miembros de la CAN que regulan lo relativo a las inversiones, por cuanto, por una parte, esas normas expresan la posición del país de que se trate respecto de esas inversiones y, por la otra, cualquier prohibición o restricción consagrada en una Constitución de un País Miembro acerca de las inversiones, tendría que reflejarse en los tratados que sobre esa materia se firmasen, a riesgo de incurrir en situaciones de nulidad de la disposición del tratado que fuese considerada inconstitucional. Nótese a este respecto que, salvo las disposiciones sobre derechos humanos, que han alcanzado rango constitucional en algunos Países Miembros, en general los tratados, incluyendo los relativos a comercio e inversiones, tienen rango de ley en los Países Miembros y, por tanto, deben atenerse a lo que la respectiva Constitución establezca.

Los puntos específicos que serán analizados son los relativos al reconocimiento de los derechos de propiedad y a realizar inversiones y otras actividades económicas de la preferencia de cada quien; a la regulación constitucional de las inversiones, nacionales y extranjeras, incluyendo las reservas constitucionales de algunos sectores a la inversión nacional, o un inversionista nacional, como lo sería el Estado; y a la regulación constitucional de los mecanismos de solución de diferencias, incluyendo el recurso al arbitraje internacional.

Respecto del reconocimiento de los derechos de propiedad y a realizar inversiones y otras actividades económicas de la preferencia de cada quien, notamos la siguiente situación:

- La Constitución de Bolivia prevé en su artículo 7° que toda persona tiene, entre sus derechos fundamentales, los de «...dedicarse al comercio, la industria y a la profesión, oficio o actividad económica lícita de su elección, en condiciones que no perjudiquen

el bienestar colectivo...» y «A la propiedad privada, individual o colectiva, siempre que cumpla una función social».

A su vez, el artículo 22 de esa Constitución prevé «Artículo 22°.- I: Se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo. II: La expropiación se impone por causa de utilidad pública o cuando la propiedad no cumple una función social, calificada conforme a ley y previa indemnización justa».

Encontramos otra limitación constitucional en Bolivia a los derechos de propiedad de extranjeros, en su artículo 25, en los siguientes términos: «Dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por ningún título, suelo ni subsuelo, directa o indirectamente, individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, la propiedad adquirida, excepto el caso de necesidad nacional declarada por ley expresa.»

- La Constitución de Colombia prevé, dentro de los derechos fundamentales de las personas, el que «...toda persona es libre de escoger profesión u oficio...» (Artículo 26); que «Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.» (Artículo 58). Según el artículo 59, «En caso de guerra y sólo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el Gobierno Nacional sin previa indemnización. En el expresado caso, la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, para atender a las necesidades de la guerra, o para destinar a ella sus productos. El Estado será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes». Se prevé asimismo que «La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.» (Artículo 333).
- La Constitución del Ecuador prevé en su artículo 23, que regula los derechos civiles, a los derechos a las libertades de empresa y de contratación, con sujeción a la ley en ambos casos, y a la propiedad, también en los términos que señala la ley. Respecto a este último derecho, el artículo 30 de esa Constitución prevé que «La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía. Deberá procurar el incremento y la redistribución del ingreso, y permitir el acceso de la población

a los beneficios de la riqueza y el desarrollo.» Respecto a la expropiación, rigen lo previsto en el artículo 33, según el cual «Para fines de orden social determinados en la ley, las instituciones del Estado, mediante el procedimiento y en los plazos que señalen las normas procesales, podrán expropiar, previa justa valoración, pago e indemnización, los bienes que pertenezcan al sector privado. Se prohíbe toda confiscación.»

Son también relevantes los artículos 13 y 15, que a continuación se copian:

«Artículo 13.- Los extranjeros gozarán de los mismos derechos que los ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y la ley.

Artículo 15.- Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir, a ningún título, con fines de explotación económica, tierras o concesiones en zonas de seguridad nacional»

- La Constitución del Perú prevé en su artículo 2º los derechos de toda persona a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público; a trabajar libremente, con sujeción a la ley y a la propiedad y la herencia. Consagra también esta Constitución el que «La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado» (Artículo 58), y que «El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas...». (Artículo 59), en tanto que respecto de la propiedad, los artículos 70, 71 y 72 de la Constitución, que de seguidas se copian, deben ser tomados en consideración:

«Artículo 70º.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

Artículo 71º.- En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.

Artículo 72º.- La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes.»

- La Constitución de Venezuela prevé en su artículo 115 el derecho de propiedad, en términos según los cuales éste es garantizado y «Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la

expropiación de cualquier clase de bienes». Por su parte, el artículo 112 prevé que «Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía, e impulsar el desarrollo integral del país».

Puede concluirse de lo arriba expuesto que las Constituciones de todos los Países Miembros reconocen el derecho de propiedad así como la función social de ésta. Esas Constituciones permiten expropiaciones basadas en razones de interés público con el pago de indemnizaciones, si bien cabe adelantar que esta materia ha tenido una evolución importante en el caso de la Constitución de Colombia, como se analizará posteriormente. Reconocen asimismo el derecho de las personas, naturales o jurídicas, a desarrollar las actividades económicas de su preferencia al proteger las libertades de comercio, industria y trabajo. Esas disposiciones constitucionales constituyen un sólido basamento para las inversiones en esos países.

En cuanto a la regulación constitucional de las inversiones, nacionales y extranjeras, incluyendo las reservas constitucionales de algunos sectores a la inversión nacional, o un inversionista nacional, como lo sería el Estado, encontramos lo siguiente:

- La Constitución de Bolivia no contiene normas expresas sobre inversiones extranjeras. Tiene las siguientes disposiciones acerca de las empresas extranjeras:

«Artículo 24º.- Las empresas y súbditos extranjeros están sometidos a las leyes bolivianas, sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas.

Artículo 135º.- Todas las empresas establecidas para explotaciones, aprovechamiento o negocios en el país se considerarán nacionales y estarán sometidas a la soberanía, a las leyes y a las autoridades de la República.»

En lo que respecta a la reserva de sectores a la actividad estatal, encontramos las siguientes disposiciones:

«Artículo 138.- Pertenecen al patrimonio de la Nación los grupos mineros nacionalizados como una de las bases para el desarrollo y diversificación de la economía del país, no pudiendo aquellos ser transferidos o adjudicados en propiedad a empresas privadas por ningún título. La dirección y administración superiores de la industria minero estatal estarán a cargo de una entidad autárquica con las atribuciones que determina la ley.

Artículo 139º.- Los yacimientos de hidrocarburos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren o la forma en que se presenten, son del dominio directo, inalienable e imprescriptible del Estado. Ninguna concesión o contrato podrá conferir la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos. La exploración, explotación, comercialización y transporte de los hidrocarburos y sus derivados, corresponden al Estado. Este derecho lo ejercerá

mediante entidades autárquicas o a través de concesiones y contratos por tiempo limitado, a sociedades mixtas de operación conjunta o a personas privadas, conforme a ley.

Artículo 140º.- La promoción y desarrollo de la energía nuclear es función del Estado.»

- La Constitución de Colombia no contiene disposiciones específicas sobre inversiones nacionales o extranjeras, salvo las que prevén la existencia de un Plan de Inversiones Públicas, como parte del Plan Nacional de Desarrollo. Ese Plan de Inversiones Públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución (Artículo 339). Según el artículo 341, el «...Plan Nacional de Inversiones se expedirá mediante una ley que tendrá prelación sobre las demás leyes; en consecuencia, sus mandatos constituirán mecanismos idóneos para su ejecución y suplirán los existentes sin necesidad de la expedición de leyes posteriores, con todo, en las leyes anuales de presupuesto se podrán aumentar o disminuir las partidas y recursos aprobados en la ley del plan. Si el Congreso no aprueba el Plan Nacional de Inversiones Públicas en un término de tres meses después de presentado, el gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley. El Congreso podrá modificar el Plan de Inversiones Públicas siempre y cuando se mantenga el equilibrio financiero. Cualquier incremento en las autorizaciones de endeudamiento solicitadas en el proyecto gubernamental o inclusión de proyectos de inversión no contemplados en él, requerirá el visto bueno del Gobierno Nacional.»

Otra disposición constitucional colombiana relevante en esta materia es la contenida en el artículo 365, conforme al cual «Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.»

Según el artículo 332, el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.

- La Constitución del Ecuador trata con mayor énfasis lo relativo a las inversiones, tanto nacionales como extranjeras. Las disposiciones clave a ese respecto son las siguientes:

«Artículo 244.- Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá:

1. Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizarán la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones.
2. Formular, en forma descentralizada y participativa, planes y programas obligatorios para la inversión pública y referenciales para la privada.»

«Artículo 271.- El Estado garantizará los capitales nacionales y extranjeros que se inviertan en la producción, destinada especialmente al consumo interno y a la exportación.

La ley podrá conceder tratamientos especiales a la inversión pública y privada en las zonas menos desarrolladas o en actividades de interés nacional.

El Estado, en contratos celebrados con inversionistas, podrá establecer garantías y seguridades especiales, a fin de que los convenios no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten sus cláusulas.»

En la misma orientación de trato igualitario entre las inversiones nacional y extranjera, se cuenta el artículo 87, según el cual «La ley tipificará las infracciones y determinará los procedimientos para establecer responsabilidades administrativas, civiles y penales que correspondan a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, por las acciones u omisiones en contra de las normas de protección al medio ambiente».

Por lo que hace a las reservas de actividades económicas a inversionistas nacionales, incluyendo al Estado, no hemos encontrado normas en la Constitución del Ecuador que establezcan ese tipo de reservas, sino tan sólo normas que reconocen la propiedad del Estado sobre ciertos bienes, cuya explotación puede ser hecha por empresas públicas, mixtas o privadas, sin distinguir si éstas deben ser ecuatorianas o no. Esas normas son las siguientes:

«Artículo 247.- Son de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentran en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial.

Estos bienes serán explotados en función de los intereses nacionales. Su exploración y explotación racional podrán ser llevadas a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley.

Será facultad exclusiva del Estado la concesión del uso de frecuencias electromagnéticas para la difusión de señales de radio, televisión y otros medios. Se garantizará la igualdad de condiciones en la concesión de dichas frecuencias. Se prohíbe la transferencia de las concesiones y cualquier forma de acaparamiento directo o indirecto por el Estado o por particulares, de los medios de expresión y comunicación social.

Las aguas son bienes nacionales de uso público; su dominio será inalienable e imprescriptible; su uso y aprovechamiento corresponderá al Estado o a quienes obtengan estos derechos, de acuerdo con la ley.

Artículo 248.- El Estado tiene derecho soberano sobre la diversidad biológica, reservas naturales, áreas protegidas y parques nacionales. Su conservación y utilización sostenible se hará con participación de las poblaciones involucradas cuando fuere del caso y de la iniciativa privada, según los programas, planes y políticas que los consideren como factores de desarrollo y calidad de vida y de conformidad con los convenios y tratados internacionales.

Artículo 249.- Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a

empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones.»

- La Constitución del Perú tiene, como norma fundamental en cuanto al trato a la inversión, a la contenida en su artículo 63, según la cual «La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas. En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.»

En cuanto a las reservas de sectores, encontramos en la Constitución del Perú las siguientes disposiciones:

«Artículo 60º.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Artículo 66º.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

Artículo 72º.- La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes».

- La Constitución de Venezuela prevé en su artículo 301 el régimen aplicable a las inversiones extranjeras, al establecer que «...No se podrá otorgar a empresas y organismos extranjeros regímenes más beneficiosos que los establecidos para los nacionales. La inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional».

En cuanto a las reservas de sectores de la actividad económica, la Constitución venezolana reserva al Estado, por razones de conveniencia nacional, «...la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico (Artículo 302). El artículo 303 de la misma Constitución prevé que «Por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera,

exceptuando la de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela S.A.».

El análisis de las normas constitucionales transcritas nos permite concluir que las Constituciones de los Países Miembros se inspiran, en general, en cuanto al trato a las inversiones, en los siguientes principios:

- a) El sometimiento de unas y otras a las leyes de los respectivos países, así como a sus autoridades;
- b) La igualdad de trato entre los inversionistas y las empresas extranjeros y los inversionistas y las empresas del país de que se trate; sea porque haya normas que así lo consagren expresamente, sea porque se apliquen principios generales de igualdad ante la ley;
- c) El reconocimiento de la propiedad estatal sobre los recursos naturales no renovables y de sus deberes en cuanto a la prestación de servicios públicos, sector éste en el cual se reconoce al Estado las facultades de regulación, control y vigilancia.
- d) En cuanto a la reserva de sectores a la actividad de inversionistas nacionales, tan sólo encontramos la reserva de la industria petrolera venezolana al Estado, aun cuando la norma del artículo 302, arriba copiada, permitiría igualmente al Estado reservarse otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. Una visión claramente contrastante con ésta es la contenida en la Constitución del Perú, en la que no sólo no hay sectores reservados a la inversión estatal, sino que se prevé que el Estado sólo puede, si es autorizado por ley expresa, realizar subsidiariamente actividades empresariales, en cuyo caso esa actividad está sujeta al mismo tratamiento legal que la actividad privada.

Finalmente, corresponde analizar lo relativo a la regulación constitucional de los mecanismos de solución de diferencias, incluyendo el recurso al arbitraje internacional.

Sobre este particular, la Constitución de Bolivia no contiene disposiciones específicas aparte de las ya copiadas (Artículos 24 y 135), respecto del sometimiento de las empresas extranjeras a las leyes y autoridades bolivianas y el rechazo a las reclamaciones diplomáticas; en tanto que la de Colombia expresa, luego de indicar los órganos de justicia en ese país que «...Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. (Artículo 116).

La Constitución del Ecuador prevé, en cuanto a las controversias con otros Estados, lo siguiente:

«Artículo 4.- El Ecuador en sus relaciones con la comunidad internacional:

(...)

3. Declara que el derecho internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas y promueve la solución de las controversias por métodos jurídicos y pacíficos.

Asimismo, esta Constitución prevé que:

«Artículo 14.- Los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. Si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales.»

Por lo que respecta al arbitraje, el artículo 191 de la Constitución ecuatoriana prevé que «...Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley...».

La Constitución del Perú prevé en su artículo 63, en relación con esta materia, que «En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.»

Finalmente, la Constitución de Venezuela prevé, en su artículo 151, que «En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.»

A su vez, el artículo 155 de la misma Constitución pauta: «En los tratados, convenios y acuerdos internacionales que la República celebre, se insertará una cláusula por la cual las partes se obliguen a resolver por las vías pacíficas reconocidas en el derecho internacional o previamente convenidas por ellas, si tal fuere el caso, las controversias que pudieren suscitarse entre las mismas con motivo de su interpretación o ejecución si no fuere improcedente y así lo permita el procedimiento que deba seguirse para su celebración.»; y el artículo 258 se refiere al arbitraje en los siguientes términos: «Asimismo, la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.»

Como se observa, ninguna de las Constituciones de los Países Miembros prohíbe el sometimiento de una controversia a arbitraje, nacional o internacional, y, por el contrario, algunas de esas Constituciones explícitamente promueven el recurso a ese mecanismo. Esas Constituciones en general aceptan el arbitraje entre Estados, como un medio de solución pacífica de sus diferencias. Esas Constituciones, inspiradas en el concepto de trato

nacional que da sustento a la llamada «Doctrina Calvo», establecen que ciertos contratos (En Venezuela, los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos; en Perú, todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados; en Ecuador, los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras), quedan sometidos a la jurisdicción nacional y no dan lugar a las reclamaciones diplomáticas.

El estudio de las normas de las Constituciones analizadas nos permite concluir que la posición de éstas ante las inversiones es abierta, propugnan su realización y conceden a las inversiones y a los inversionistas, nacionales y extranjeros, protección suficiente de los derechos fundamentales a la propiedad, de libertad de empresa y de acceso a los mecanismos de solución de controversias en las disputas que pudieren tener con el Estado receptor de sus inversiones. El trato a la inversión extranjera se sustenta, en esas Constituciones, en el principio de trato nacional, por lo que se aplican normas similares a los inversionistas nacionales de esos países y a los extranjeros. Salvo por las reservas que algunas de esas Constituciones hacen de ciertos sectores de la actividad económica al Estado, inversionista nacional por excelencia, no hay en ellas restricciones respecto de los campos de la actividad económica en que pueden realizarse inversiones privadas.

c) Las normas legales y sublegales de los Países Miembros de la Comunidad Andina, sobre inversiones:

- En Bolivia rigen, además de las Decisiones de la CAN sobre esta materia, la Ley de Inversiones³, que es sin duda la más relevante a los efectos del presente estudio; la Ley de Capitalización⁴ y la Ley de Privatización⁵, además de diversas leyes sectoriales que contienen normas específicas sobre inversiones en los respectivos sectores que ellas regulan.

La Ley de Inversiones establece un régimen común para las inversiones bolivianas y extranjeras, en el que se reconoce al inversionista extranjero y a la empresa o sociedad en que éste participe, los mismos derechos, deberes y garantías que las Leyes y Reglamentos otorgan a los inversionistas nacionales, sin otra limitación que las establecidas por ley. Este principio de trato nacional se aplica igualmente en cuanto a las autorizaciones previas o registros adicionales a los establecidos por la Ley, que no serán exigidos a la inversión privada, sea boliviana o extranjera. Se expresa también en cuanto a la sujeción de ambos tipos de inversiones al régimen tributario en vigencia y a la posibilidad de que unos y otros inversionistas se acojan a los incentivos que otorgue el Gobierno boliviano.

El derecho de propiedad es garantizado para las inversiones nacionales y extranjeras sin ninguna otra limitación que las estipuladas en la Ley. Otro derecho garantizado es el de libertad cambiaria, por lo que no existen restricciones para el ingreso y salida de capitales, ni para la remisión al exterior de dividendos, intereses y regalías por transferencia de tecnología u otros conceptos mercantiles. Todas las remisiones o transferencias estarán sujetas al pago de los tributos establecidos por ley. Además de la libertad cambiaria, la libre convertibilidad está también garantizada, por lo que los agentes económicos pueden efectuar

³ Ley N° 1.182, del 17 de septiembre de 1990.

⁴ Ley N° 1.544, del 21 de marzo de 1994.

⁵ Ley N° 1.130, del 24 de abril de 1992.

sus actos jurídicos, operaciones o contratos tanto en moneda boliviana como extranjera. Esa Ley permite al inversionista contratar libremente seguros de inversión en el país o en el exterior y le garantiza la libertad de importación y exportación de bienes y servicios, con excepción de aquellos que afecten la salud pública y/o la seguridad del Estado. Le garantiza además la libertad de producción y comercialización de bienes y servicios en general, así como la libre determinación de precios. Se exceptúan los bienes y servicios cuya producción y comercialización estén prohibidos por ley.

En cuanto al régimen laboral, se prevé que las remuneraciones a empleados y trabajadores serán establecidas entre las partes. Los contratos de trabajo pueden convenirse o rescindirse libremente. Los inversionistas deben atenerse a las normas rectoras de la Seguridad Social.

La Ley de Inversiones reconoce las inversiones conjuntas entre inversionistas nacionales y/o extranjeros, bajo la modalidad de Riesgo Compartido (Joint Venture) u otras.

En cuanto a la solución de diferencias, se prevé que los inversionistas nacionales y extranjeros podrán acordar someter sus diferencias a tribunales arbitrales, de conformidad a la Constitución de Bolivia y las normas internacionales.

En Colombia, el marco jurídico para las inversiones está conformado, además de por las Decisiones andinas, por la Ley 9 de 1991, que contiene las normas generales que regulan los cambios internacionales; y por el Decreto 2.080, del 8 de octubre de 2000, modificado por el Decreto 1844, del 2 de julio de 2003, por el cual se expide el Régimen General de Inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior.

La Ley 9 reserva al Gobierno Nacional el establecimiento del régimen general de la inversión de capitales del exterior en el país y de las inversiones colombianas en el exterior.

El principio capital de esa Ley es el de la igualdad de trato entre los inversionistas extranjeros y los colombianos excepto en cuanto a la transferencia de recursos al exterior, toda vez que, según esa Ley, efectuada una inversión de capitales del exterior en Colombia en debida forma, el inversionista internacional tendrá derecho a remitir al exterior las utilidades provenientes de la inversión y para reembolsar el capital invertido y las ganancias de capital, con sujeción a los límites y condiciones que señale el Gobierno Nacional.

Las condiciones de reembolso de la inversión y de la remisión de utilidades vigentes en la fecha de registro de la inversión extranjera, no podrán ser cambiadas de manera que afecten desfavorablemente a los inversionistas extranjeros, salvo temporalmente cuando las reservas internacionales sean inferiores a tres meses de importaciones.

Las normas respectivas no podrán conceder condiciones y otorgar tratamientos discriminatorios a los inversionistas extranjeros frente a los inversionistas privados nacionales.

Esa Ley prevé un régimen cambiario para las empresas petroleras, según el cual éstas no estarán obligadas a reintegrar a Colombia el producto en divisas de las exportaciones de petróleo. En cuanto a las empresas de servicios inherentes al sector de hidrocarburos, que se dediquen exclusivamente a ese sector, se establece que el Gobierno determine cuáles de esas empresas podrán celebrar contratos dentro del país en divisas y disponer para su manejo del mismo régimen aplicable a las empresas petroleras.

En general, los residentes en Colombia están autorizados a tener y poseer libremente activos en el exterior, siempre y cuando hayan sido poseídos con anterioridad al 1o. de septiembre de 1990, o hayan sido adquiridos o se adquieran con divisas que no deban ser transferidas o negociadas por medio del mercado cambiario. El rendimiento o el valor de liquidación de las inversiones hechas con estos recursos podrá reinvertirse o utilizarse libremente en el exterior.

En cuanto al Decreto 2080, notamos que el mismo define a las inversiones internacionales como a aquellas inversiones de capital del exterior en territorio colombiano, incluidas las zonas francas colombianas, por parte de personas no residentes en Colombia, y a las inversiones realizadas por un residente del país en el extranjero o en una zona franca colombiana.

En acatamiento de lo previsto en la Ley 9, este Decreto tiene como principio fundamental el de la igualdad de trato, por lo que no se podrán establecer condiciones o tratamientos discriminatorios a los inversionistas de capital del exterior frente a los inversionistas residentes nacionales, ni tampoco conceder a los inversionistas de capital del exterior ningún tratamiento más favorable que el que se otorga a los inversionistas residentes nacionales.

El Decreto distingue entre las inversiones directas y las de portafolio. Las directas incluyen la adquisición de participaciones, acciones, cuotas sociales, aportes representativos del capital de una empresa o bonos obligatoriamente convertibles en acciones; la adquisición de derechos en patrimonios autónomos constituidos mediante contrato de fiducia mercantil como medio para desarrollar una empresa o para la compra, venta y administración de participaciones en empresas que no estén registradas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios; la adquisición de inmuebles, así como títulos de participación emitidos como resultado de un proceso de titularización inmobiliaria de un inmueble o de proyectos de construcción o a través de fondos inmobiliarios previstos en las normas legales pertinentes, ya sea por medio de oferta pública o privada; los aportes que realice el inversionista mediante actos o contratos, tales como los de colaboración, concesión, servicios de administración, licencia o aquéllos que impliquen transferencia de tecnología, cuando ello no represente una participación en una sociedad y las rentas que genere la inversión para su titular dependan de las utilidades de la empresa, y las inversiones suplementarias al capital asignado de las sucursales. Las inversiones de portafolio consisten en la inversión en acciones, bonos obligatoriamente convertibles en acciones y otros valores inscritos en el Registro Nacional de Valores. Los créditos y operaciones que impliquen endeudamiento no constituyen inversión extranjera.

Las inversiones de capital del exterior pueden consistir, entre otras modalidades, en la importación de divisas libremente convertibles para inversiones en moneda nacional; la importación de bienes tangibles tales como maquinaria, equipos u otros bienes físicos, aportados al capital de una empresa como importaciones no reembolsables. Igualmente, los bienes internados a zona franca y que se aportan al capital de una empresa localizada en dicha zona; los aportes en especie al capital de una empresa consistentes en intangibles, tales como contribuciones tecnológicas, marcas y patentes y los recursos en moneda nacional con derecho a ser remitidos al exterior tales como principal e intereses de créditos externos, sumas debidas por concepto de importaciones reembolsables, utilidades con derecho a giro y regalías derivadas de contratos debidamente registrados que se destinen a inversiones directas o de portafolio.

Las inversiones de capital del exterior pueden realizarse en todos los sectores de la economía, excepto en las actividades de defensa y seguridad nacional y de procesamiento, disposición

y desecho de basuras tóxicas, peligrosas o radiactivas no producidas en Colombia. El Gobierno puede establecer que en otros sectores de la actividad económica no se admita la participación de inversión de capital del exterior.

No se requiere autorización para la realización de una inversión extranjera, excepto en los casos de inversiones en los sectores de servicios financieros, de minería o de hidrocarburos. El inversionista de capital del exterior deberá registrar las inversiones iniciales o adicionales en el Banco de la República. Igualmente deberá registrarse en ese Banco la sustitución de la inversión original, esto es, los cambios en los titulares, en la destinación o en la empresa receptora de la misma.

A los titulares de las inversiones de capitales del exterior se le reconocen ciertos derechos cambiarios, como los de reinvertir utilidades, o retener en el superávit las utilidades no distribuidas con derecho a giro; capitalizar las sumas con derecho a giro, producto de obligaciones derivadas de la inversión; remitir al exterior en moneda libremente convertible las utilidades netas comprobadas que generen periódicamente sus inversiones; remitir al exterior en moneda libremente convertible las sumas recibidas producto de la enajenación de la inversión dentro del país, o de la liquidación de la empresa o portafolio o de la reducción de su capital. También en concordancia con la Ley 9, se prevé que las condiciones de reembolso de la inversión y de la remisión de utilidades legalmente vigentes a la fecha del registro de la inversión del exterior, no podrán ser cambiadas de manera que afecten desfavorablemente al inversionista, salvo temporalmente cuando las reservas internacionales sean inferiores a tres (3) meses de importaciones.

Por lo que respecta a la solución de controversias derivadas de la aplicación de ese régimen, se aplicará lo dispuesto en la legislación colombiana y a la jurisdicción de sus tribunales y normas arbitrales, salvo que los tratados internacionales vigentes establezcan otra cosa.

En lo atinente a las inversiones de portafolio, se prevé que las mismas se hagan a través de un fondo de inversión de capital extranjero que tendrá por único objeto realizar transacciones en el mercado público de valores. Se entiende por tal fondo al patrimonio organizado bajo cualquier modalidad, en Colombia o en el extranjero, con recursos aportados por una o más entidades o personas naturales o jurídicas extranjeras, con el propósito de realizar inversiones en el mercado público de valores.

Los fondos de capital del exterior pueden ser institucionales o individuales. Los institucionales son los que se constituyen por parte de una pluralidad de personas o entidades extranjeras o aquellos constituidos por una sola persona o entidad extranjera, cuyos recursos provienen de colocaciones privadas o públicas de cuotas o unidades de participación en el exterior, y su objeto principal sea el de realizar inversiones en uno o varios mercados de capitales del mundo, así como los fondos ómnibus, que son aquellos que se organizan bajo la modalidad de cuentas colectivas sin participación proindiviso sobre el patrimonio de inversionistas institucionales, administrados por intermediarios internacionales.

Los fondos individuales son aquellos fondos de personas naturales o jurídicas del exterior cuyo objeto principal no es realizar operaciones en mercados de capitales pero debido a estrategias financieras canalizan los excesos de tesorería a la inversión en mercados de capitales.

Las inversiones de portafolio están sujetas a registro en el Banco de la República y deberán

realizarse en títulos o valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, a través de una bolsa de valores o cualquier otro sistema autorizado por la Superintendencia de Valores.

En cuanto a los derechos cambiarios, se prevé que los reembolsos de capitales y las transferencias de utilidades correspondientes a las inversiones de portafolio se harán con arreglo al régimen general de inversiones de capital del exterior. Además, la transferencia al exterior de las utilidades netas correspondientes a las inversiones de portafolio podrá hacerse por períodos inferiores a un año.

En Ecuador, la normativa fundamental en cuanto al trato a la inversión extranjera es la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones⁶. El objeto de esta Ley es «...fomentar y promover la inversión nacional y extranjera, y regular las obligaciones y derechos de los inversionistas para que puedan contribuir de manera efectiva al desarrollo económico y social del país, buscando la generación de empleo, el uso adecuado de las materias primas e insumos nacionales, el crecimiento de áreas productivas, el incremento y diversificación de las exportaciones, el uso y desarrollo de tecnologías adecuadas y la integración eficiente de la economía nacional con la internacional.» (Artículo 1°).

Esa Ley define a las inversiones extranjeras directas como «...cualquier clase de transferencia de capital al Ecuador, proveniente del exterior, efectuada por personas naturales o jurídicas extranjeras, destinada a la producción de bienes y servicios». (Artículo 12). Esas inversiones podrán hacerse en todos los sectores económicos, sin autorización previa, en las mismas condiciones en que pueden hacerse las inversiones de personas naturales o jurídicas ecuatorianas, excepto en los sectores relacionados con las áreas estratégicas del Estado. Las referidas transferencias pueden consistir en recursos financieros en moneda libremente convertible. También se consideran inversión extranjera directa a las inversiones en moneda local provenientes de recursos con derecho a ser remitidos al exterior y las reinversiones. Las transferencias pueden consistir asimismo en bienes físicos o tangibles, tales como plantas industriales, maquinarias nuevas y reacondicionadas, equipos nuevos o reacondicionados, repuestos, partes y piezas, empaques y envases, materias primas y productos intermedios; y en contribuciones tecnológicas intangibles, tales como marcas, modelos industriales, asistencia técnica y conocimientos técnicos patentados o no patentados que puedan presentarse en distintas formas, que se encuentren sustentados por contratos debidamente registrados en el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca.

Las inversiones extranjeras deben ser registradas en el Banco Central del Ecuador.

La Ley otorga a la inversión extranjera directa, subregional o neutra, debidamente registrada, las siguientes garantías:

- a) Libre transferencia al exterior, en divisas libremente convertibles, de las utilidades netas que haya generado la inversión registrada;
- b) Libre remisión de los recursos que se obtengan por la liquidación total o parcial de las empresas en las que se haya realizado la inversión, o por la venta de las acciones, participaciones o derechos adquiridos en razón de la inversión efectuada, previo pago de los impuestos correspondientes.

La venta de acciones, participaciones o derechos de un inversionista extranjero a otro inversionista extranjero deberá ser registrada en el Banco Central del Ecuador;

⁶ Ley No. 46. RO/219 de 19 de Diciembre de 1997.

- c) Completa libertad para negociar la inversión registrada en el Ecuador;
- d) Aprovechamiento de las ventajas derivadas de la aplicación del Programa de Liberación de la Comunidad Andina así como de las preferencias arancelarias otorgadas por terceros países al Ecuador, para los productos que cumplan con las normas especiales o requisitos específicos de origen;
- e) Libertad de acceder al sistema financiero nacional y al mercado de valores, para obtener recursos de crédito de corto, mediano y largo plazo que posibiliten el desarrollo de sus proyectos de inversión, así como para la apertura de cuentas bancarias que faciliten sus operaciones;
- f) Libre acceso a los mecanismos de promoción, asistencia técnica, cooperación y similares, en las mismas condiciones previstas para las empresas nacionales;
- g) Derecho de propiedad, sin otras limitaciones que las establecidas por las disposiciones legales vigentes;
- h) Libre acceso al mercado de divisas para atender necesidades relacionadas con el desarrollo de la inversión y con el cumplimiento de las garantías señaladas en el presente título; e,
- i) Estabilidad tributaria, de acuerdo a las normas y condiciones establecidas en esa Ley.

La Ley reconoce a los inversionistas nacionales, en sectores productivos, el derecho a acogerse a la estabilidad tributaria, de forma similar a los inversionistas extranjeros.

Esta estabilidad tributaria consiste en el mantenimiento, por un período determinado, de la tarifa aplicable del impuesto a la renta, existente al momento de efectuarse la inversión. Sólo se considerarán con derecho a tal tratamiento a las inversiones registradas a partir de un monto equivalente en sucres a los US\$ 500.000,00 (quinientos mil dólares de los Estados Unidos), para la fecha del Registro o de la fecha efectiva de la inversión, contada a partir de la puesta en marcha o inicio de la operación de la empresa en la que se haya realizado la inversión, en el caso de proyectos nuevos, y a partir de la fecha del Registro o realización efectiva de la inversión en el caso de empresas existentes.

La estabilidad tributaria dura por diez años para los titulares de nuevas inversiones en empresas existentes, que no consideren ampliación o expansión de la producción; y por veinte años para los titulares de nuevas inversiones destinadas al desarrollo de nuevos proyectos de inversión o a la ampliación de la producción. Estos plazos podrán ser extendidos hasta máximos de 15 y 25 años, respectivamente. La estabilidad tributaria será automática mediante la presentación del documento de registro de la inversión en el Banco Central del Ecuador, o de la realización efectiva de la inversión y el cumplimiento de las formalidades de esa Ley.

Los inversionistas nacionales y extranjeros podrán, por una sola vez, renunciar al beneficio de la estabilidad tributaria, durante el período de su aplicación, para acogerse al tratamiento tributario existente en esa fecha, de así convenir a sus intereses.

Con la finalidad de establecer con claridad el tratamiento otorgado por esa Ley, evitando errores por interpretaciones a la misma, el inversionista extranjero podrá solicitar suscribir un Contrato de Inversión con el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca mediante escritura pública en la que se hará constar el tratamiento que se le otorga bajo el ámbito de la presente Ley y su Reglamento, el plazo en el que se realizará la inversión y el destino de la misma. Las inversiones señaladas en los contratos serán las debidamente registradas en el Banco Central del Ecuador o las que el inversionista extranjero se comprometa a registrar.

Respecto de la solución de controversias, se prevé que el Estado y los inversionistas extranjeros podrán someter las controversias que se suscitaren por la aplicación de esa Ley a Tribunales Arbitrales constituidos en virtud de Tratados Internacionales de los cuales sea parte el Ecuador o a los procedimientos específicamente acordados o estipulados en los convenios bilaterales o multilaterales firmados y ratificados por el Ecuador.

En el caso del Perú, las normas rectoras de las inversiones están previstas en los Decretos Legislativos N° 662 y 757, del 29 de agosto de 1991 y el 8 de noviembre del mismo año, y en la Ley N° 27.342, del 1° de septiembre de 2000.

El Decreto Legislativo 662 contiene las normas relativas al fomento y garantías a la inversión extranjera, en términos según los cuales el Estado promueve y garantiza las inversiones extranjeras efectuadas y por efectuarse en el país, en todos los sectores de la actividad económica y en cualquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la legislación peruana.

Se consideran como inversiones extranjeras a las inversiones provenientes del exterior que se realicen en actividades económicas generadoras de renta bajo cualquiera de las siguientes modalidades:

- a) Aportes de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras, canalizadas a través del Sistema Financiero Nacional, al capital de una empresa nueva o existente en cualquiera de las formas societarias señaladas en la Ley General de Sociedades, en moneda libremente convertible o en bienes físicos o tangibles, tales como plantas industriales, máquinas nuevas y reacondicionadas, equipos nuevos y reacondicionados, repuestos, piezas y partes, materias primas y productos intermedios;
- b) Inversiones en moneda nacional provenientes de recursos con derecho a ser remitidos al exterior;
- c) Conversión de obligaciones privadas con el exterior en acciones;
- d) Reinversiones que se efectúen de conformidad con la legislación vigente;
- e) Inversiones en bienes ubicados físicamente en el territorio de la República;
- f) 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;

- g) Inversiones destinadas a la adquisición de títulos, documentos y papeles financieros cotizados en bolsa de valores o certificados de depósito bancario en moneda nacional o extranjera;
- h) Recursos destinados a contratos de asociación en participación o similares que otorgan al inversionista extranjero una forma de participación en la capacidad de producción de una empresa, sin que ello suponga aporte de capital y que corresponde a operaciones comerciales de carácter contractual a través de las cuales el inversionista extranjero provee bienes o servicios a la empresa receptora a cambio de una participación en volumen de producción física, en el monto global de las ventas o en las utilidades netas de la referida empresa receptora.
- i) Cualquier otra modalidad de inversión extranjera que contribuya al desarrollo del país.

El Decreto garantiza a los inversionistas extranjeros y a las empresas en las que éstos participan los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y empresas nacionales, sin más excepciones que las que establecen la Constitución Política del Perú y las disposiciones de ese Decreto Legislativo. Se prevé en consecuencia que en ningún caso el ordenamiento jurídico nacional discriminará entre inversionistas ni entre empresas en función a la participación nacional o extranjera en las inversiones. Este régimen de trato nacional se aplica igualmente respecto de los derechos de propiedad intelectual de los inversionistas extranjeros, que se sujetan a las mismas condiciones que se aplican a los inversionistas nacionales.

Las inversiones extranjeras están autorizadas, pero deben registrarse ante el Organismo Nacional Competente. Los inversionistas extranjeros gozan de los derechos a la libertad de comercio e industria, y a la libertad de exportación e importación.

El Decreto Legislativo garantiza el derecho de los inversionistas extranjeros a transferir al exterior, en divisas libremente convertibles, sin autorización previa de ninguna autoridad del Gobierno Central u organismos públicos descentralizados, Gobiernos Regionales o Gobiernos Municipales, previo pago de los impuestos de ley, tanto la totalidad de sus capitales provenientes de las inversiones registradas ante el Organismo Nacional Competente, incluyendo la venta de acciones, participaciones o derechos, reducción de capital o liquidación parcial o total de empresas; como la totalidad de los dividendos o las utilidades netas comprobadas provenientes de su inversión así como las contraprestaciones por el uso o disfrute de bienes ubicados físicamente en el país, registrados ante el Organismo Nacional Competente, y de las regalías y contraprestaciones por el uso y transferencia de tecnología, incluido cualquier otro elemento constitutivo de propiedad industrial que autorice el Organismo Nacional Competente.

Los inversionistas extranjeros y las empresas en las que éstos participan pueden adquirir acciones, participaciones o derechos de propiedad de inversionistas nacionales o subregionales. El pago de tales adquisiciones, canalizado a través del Sistema Financiero Nacional, se considerará como inversión extranjera para los efectos de ese Decreto Legislativo.

En todos los casos en que corresponda convertir la moneda extranjera a nacional, los inversionistas extranjeros tendrán derecho a utilizar el tipo de cambio de compra más favorable al momento de efectuar la operación cambiaria. Tratándose de conversión de

moneda nacional a moneda extranjera, tendrán derecho a utilizar el tipo de cambio de venta más favorable al momento de efectuar la operación cambiaria.

El Decreto Legislativo establece un régimen de estabilidad jurídica, mediante contratos suscritos entre el Organismo Nacional Competente en representación del Estado y los inversionistas extranjeros. Esos contratos, que deben ser suscritos antes de la realización de la inversión y a su correspondiente registro, les garantizan a los inversionistas extranjeros los siguientes derechos:

- a) Estabilidad del régimen tributario vigente al momento de celebrarse el convenio. En virtud de la estabilidad del régimen tributario el inversionista extranjero, respecto al impuesto a la renta de cargo de la empresa receptora de la inversión y al que afecte las utilidades que se le atribuyan y/o los dividendos que se distribuyan en su favor, no se verá afectado con una tasa mayor que aquella considerada en el convenio correspondiente, de manera tal que si el impuesto a la renta de cargo de la empresa aumentara, se reducirá la tasa que afecte al inversionista extranjero en la parte necesaria para permitir que la utilidad de la empresa que finalmente sea de libre disposición para él, sea por lo menos igual a la garantizada;
- b) Estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas y de los derechos a las transferencias al exterior y al uso del tipo de cambio más favorable para el inversionista;
- c) Estabilidad del derecho a la no discriminación antes comentado.

Sólo pueden acogerse a la estabilidad jurídica, los inversionistas extranjeros que se obliguen a cumplir en un plazo que no excederá de dos años contados a partir de la fecha de celebración del convenio respectivo, con lo siguiente:

- a) Efectuar aportes dinerarios, canalizados a través del Sistema Financiero Nacional, al capital de una empresa establecida o por establecerse con sujeción a la ley peruana o realizar inversiones de riesgo que formalice con terceros, por un monto que no sea inferior a Dos Millones de Dólares de los Estados Unidos de América; o,
- b) Efectuar aportes dinerarios, canalizados a través del Sistema Financiero Nacional, al capital de una empresa establecida o por establecerse con sujeción a la ley peruana o realizar inversiones de riesgo que formalice con terceros, por un monto que no sea inferior a Quinientos Mil Dólares de los Estados Unidos de América, siempre que:
 - I) La inversión determine la generación directa de más de veinte puestos de trabajos permanentes; o
 - II) La inversión determine la generación directa de no menos de Dos Millones de Dólares de los Estados Unidos de América, como ingreso de divisas por concepto de exportaciones durante los tres años siguientes a la suscripción del convenio.

La vigencia del régimen de estabilidad se iniciará en la fecha en que se celebre el Convenio el cual incluirá, bajo responsabilidad, la condición resolutoria expresa que en caso de incumplimiento de los aportes, su reducción o su transferencia a terceros, deje sin efecto dicho Convenio con las penalidades consiguientes y el pago de los tributos que se hubieran dejado de pagar al Fisco.

Adicionalmente, las empresas que se constituyan o las ya establecidas en el Perú con nuevos aportes de capitales extranjeros efectuados de conformidad con lo antes expuesto, gozarán de estabilidad de los regímenes de contratación de trabajadores en cualquiera de sus formas; y de estabilidad de los regímenes especiales orientados exclusivamente a la exportación como admisión temporal, zonas francas industriales, comerciales y turísticas, zonas de tratamiento especial, y otros que se creen en el futuro.

Los convenios de estabilidad se otorgarán por un plazo de vigencia de diez años contados a partir de la fecha de su celebración.

El Estado podrá someter las controversias derivadas de los convenios de estabilidad a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte el Perú.

Por su parte, el Decreto Legislativo 757 contiene las normas de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. El objeto de ese Decreto es «...garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse, en todos los sectores de la actividad económica y en cualquier forma empresarial.

El Decreto cubre lo relativo a la estabilidad jurídica del régimen económico; a la seguridad jurídica de las inversiones en materia tributaria y en materia administrativa; a los convenios de estabilidad jurídica, a los seguros de la inversión privada y a la solución de controversias relativas a la inversión.

En cuanto a la estabilidad jurídica del régimen económico, el Decreto garantiza, en concordancia con la Constitución del Perú, arriba comentada, la libre iniciativa privada, entendida como el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las Leyes. Se reconoce el derecho de toda empresa a organizarse bajo cualquier forma empresarial contemplada en la legislación peruana, por lo que no puede limitarse el acceso directo o indirecto de los inversionistas o las empresas en que éstos participen a actividades económicas específicas, en función a la forma empresarial que adopten. Se exceptúa de esta norma al sistema financiero.

El Decreto deroga toda reserva en favor del Estado, ya sea parcial o total, para la realización de actividades económicas o la explotación de recursos naturales, excepto las referidas a las áreas naturales protegidas. Tales reservas sólo procederán por causas de interés social o seguridad nacional. Si una misma actividad económica es realizada por el Estado y por empresas privadas, iguales condiciones son aplicables a ambos.

En ningún caso se otorgará a las empresas del Estado atribuciones de imperio o propias de la Administración Pública, con excepción de las facultades que el Estado delegue para la cobranza coactiva de tributos.

El Estado garantiza la propiedad privada sin más límites que los que establece la Constitución Política. En consecuencia, el Estado no expropiará empresas ni las acciones o participaciones en ellas, salvo los casos de interés nacional debidamente sustentados mediante Ley del Congreso de la República.

El Decreto deroga toda disposición legal que fije modalidades de producción o índices de productividad, que prohíba u obligue a la utilización de insumos o procesos tecnológicos y, en general, que intervenga en los procesos productivos de las empresas en función al tipo de actividad económica que desarrollen, su capacidad instalada, o cualquier otro factor económico similar, salvo las disposiciones legales referidas a la higiene y seguridad industrial, la conservación del medio ambiente y la salud.

El Estado garantiza el derecho de las empresas a acordar libremente la distribución del íntegro de las utilidades o dividendos que generen, y el derecho de los inversionistas a recibir la totalidad de los que les correspondan, siempre que se cumpla con las obligaciones tributarias pertinentes y sin perjuicio de las obligaciones concernientes a la participación de los trabajadores y la reserva legal.

Respecto de los servicios públicos básicos, el Estado asegura su prestación de servicios públicos básicos promoviendo la participación del sector privado, a fin de mejorar la calidad de dichos servicios.

El Estado no establece tratamientos discriminatorios ni diferenciados en materia cambiaria, precios, tarifas o derechos no arancelarios, entre los inversionistas y las empresas en que éstos participen, ni basándose en sectores o tipo de actividad económica o en la ubicación geográfica de las empresas. Tampoco podrá establecerlos entre las personas naturales nacionales o extranjeras.

La inversión privada, nacional o extranjera, en actividades productivas realizadas o por realizarse en las zonas de frontera del país, es declarada de necesidad nacional. En consecuencia, las personas naturales y jurídicas extranjeras podrán adquirir concesiones y derechos sobre minas, tierras, bosques, aguas, combustibles, fuentes de energía y otros recursos que sean necesarios para el desarrollo de sus actividades productivas dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras del país, previa autorización otorgada mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro que ejerza la Presidencia del Consejo de Ministros, y el Ministro del Sector correspondiente. Dicha Resolución Suprema podrá establecer las condiciones a las cuales se sujeta la adquisición o explotación.

Por lo que respecta a la seguridad jurídica de las inversiones en materia tributaria, el Decreto, luego de determinar el concepto y diferentes casos de aplicación del principio de legalidad en materia tributaria, regula la actuación fiscal de los Municipios y las Regiones. El Decreto también regula la aplicación del principio de publicidad en materia tributaria. Las empresas y sus inversionistas tendrán derecho a acceder en vía de impugnación ante el Tribunal Fiscal o el Tribunal de Aduanas, en su caso, en las materias relativas a los impuestos, contribuciones, tasas, arbitrios, derechos registrales, aranceles, tasas y otros derechos que se cobre por la tramitación de procedimientos administrativos, debiendo sujetarse al procedimiento de ley.

En lo atinente a la seguridad jurídica de las inversiones en materia administrativa, el Decreto contiene normas destinadas a unificar, reducir y simplificar drásticamente todos los procedimientos y trámites administrativos relacionados con las inversiones, incluyendo la aprobación de Textos Unicos de Procedimientos Administrativos (TUPA), así como normas orientadas a asegurar la transparencia en la tramitación de procedimientos administrativos.

En cuanto a los convenios de estabilidad jurídica; el Decreto extiende este beneficio a los inversionistas nacionales y a las empresas en que éstos participan. Aclara que, en virtud de la fuerza de ley que tienen los contratos entre sí, el Estado no puede modificarlos ni dejarlos unilateralmente sin efecto. Los convenios de estabilidad jurídica tienen carácter civil y no administrativo.

Prevé el Decreto que los convenios que se celebren al amparo del artículo 12° del Decreto Legislativo N° 662 pueden tener por objeto también garantizar la estabilidad del régimen tributario aplicable a las empresas receptoras de la inversión, exclusivamente en cuanto a los impuestos cuya materia imponible esté constituida por la renta de las empresas, siempre y cuando el monto total de las nuevas inversiones recibidas por la empresa sea mayor al 50% de su capital y reservas y esté destinado a la ampliación de la capacidad productiva o al mejoramiento tecnológico. Asimismo, se podrán celebrar tales convenios cuando se trate de la transferencia de más del 50% de las acciones de las empresas comprendidas en la actividad empresarial del Estado.

Asimismo, los Convenios de Estabilidad pueden tener por objeto garantizar la estabilidad del régimen tributario aplicable a los contratos de arrendamiento financiero, siempre que el valor de los bienes objeto del contrato no sea inferior a Dos Millones de Dólares de los Estados Unidos de América o, siendo menor, con un límite no inferior a Quinientos Mil Dólares, la adquisición de los bienes determine la generación directa o indirecta de más de veinte puestos de trabajo permanentes o no menos de Dos Millones de Dólares de ingreso de divisas por concepto de exportaciones durante los tres años siguientes a la suscripción del convenio, sin que exista obligación de aporte de capital o plazos mínimos.

El Estado podrá aprobar la cesión de posición contractual realizada por un inversionista en favor de otro inversionista con respecto al convenio de estabilidad jurídica que hubiera celebrado.

Los Gobiernos Regionales y Locales podrán celebrar convenios de estabilidad jurídica con los inversionistas que efectúen inversiones en sus respectivas jurisdicciones, y con las empresas establecidas o que se establezcan en ellas, exclusivamente con respecto a las materias de su competencia.

En lo que respecta a los seguros de la inversión privada, se reconoce el derecho de todo inversionista para contratar, dentro y fuera del país, seguros que cubran sus inversiones contra riesgos comerciales y no comerciales, y se facilita a los inversionistas la tramitación de sus seguros ante el OMGI u otras entidades similares de las que el Perú forme parte.

Para la solución de controversias referidas a los bienes y obligaciones del Estado, sus dependencias, el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Municipales y otras personas de derecho público, así como las empresas comprendidas en la actividad empresarial del Estado, se podrá recurrir al arbitraje nacional o internacional, de acuerdo a la legislación nacional o a los tratados internacionales de los que el Perú es parte, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual.

Finalmente, la Ley 27.342 regula los convenios de estabilidad jurídica al amparo de los Decretos Legislativos 662 y 757, antes analizados. Esa Ley modifica el régimen que se ha descrito, para los convenios que se suscriban luego de su entrada en vigor, en el sentido de establecer que la estabilización del Impuesto a la Renta será sobre el impuesto que esté vigente al momento de la suscripción del convenio correspondiente, más dos puntos

porcentuales. Prevé también esta Ley que se podrá autorizar el otorgamiento de la estabilidad tributaria en la suscripción de convenios de estabilidad jurídica con el Estado, para las concesiones vinculadas al desarrollo del gas natural, no siéndole de aplicación la exigencia de estabilización de la tasa vigente del Impuesto a la Renta, más dos puntos porcentuales.

Esta Ley también modificó los montos mínimos de inversión requeridos para acceder al régimen de estabilidad jurídica. En efecto, en lo sucesivo los inversionistas deberán comprometerse a efectuar, como mínimo, aportes dinerarios, canalizados a través del Sistema Financiero Nacional, al capital de una empresa establecida o por establecerse o realizar inversiones de riesgo que formalice con terceros, por un monto que no sea inferior a Diez Millones de Dólares de los Estados Unidos de América para los sectores de minería e hidrocarburos, y no menor a Cinco Millones de Dólares de los Estados Unidos de América para los demás sectores.

En la normativa de Venezuela sobre inversiones también es relevante el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones⁷. Este Decreto tiene por objeto proveer a las inversiones y a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, de un marco jurídico estable y previsible, en el cual aquéllas y éstos puedan desenvolverse en un ambiente de seguridad, mediante la regulación de la actuación del Estado frente a tales inversiones e inversionistas, con miras a lograr el incremento, la diversificación y la complementación armónica de las inversiones en favor de los objetivos del desarrollo nacional.

Luego de adoptar una amplia definición de inversión⁸, el Decreto prevé que las inversiones internacionales tendrán derecho a un trato justo y equitativo, conforme a las normas y criterios del derecho internacional y no serán objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias que obstaculicen su mantenimiento, gestión, utilización, disfrute, ampliación, venta o liquidación. Establece ese Decreto Ley un régimen de trato nacional, según el cual las inversiones y los inversionistas internacionales tendrán los mismos derechos y obligaciones a las que se sujetan las inversiones y los inversionistas nacionales en circunstancias similares, con la sola excepción de lo previsto en las leyes especiales y las limitaciones contenidas en el presente Decreto-Ley.

Mediante Ley, podrán reservarse determinados sectores de la actividad económica, al Estado o a inversionistas venezolanos. Lo previsto en este Decreto-Ley no afecta las reservas existentes para la fecha de entrada en vigencia de este Decreto-Ley.

Las inversiones internacionales no requerirán de autorización previa para realizarse, excepto en los casos en que la ley expresamente así lo indique. Las leyes venezolanas requieren de autorización previa para las inversiones en los sectores bancario y de seguros.

⁷ Publicado en la Gaceta de la República de Venezuela (Extraordinario N° 5.390) del 22 de octubre de 1999

⁸ «Todo activo destinado a la producción de una renta, bajo cualquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la legislación venezolana, incluyendo bienes muebles e inmuebles, materiales o inmateriales, sobre los cuales se ejerzan derechos de propiedad u otros derechos reales; títulos de crédito; derechos a prestaciones que tengan valor económico; derechos de propiedad intelectual, incluyendo los conocimientos técnicos, el prestigio y la clientela; y los derechos obtenidos conforme al derecho público, incluyendo las concesiones de exploración, de extracción o de explotación de recursos naturales y las de construcción, explotación, conservación y mantenimiento de obras públicas nacionales y para la prestación de servicios públicos nacionales, así como cualquier otro derecho conferido por ley, o por decisión administrativa adoptada en conformidad con la ley». (Artículo 2°).

No se discriminará en el trato entre inversiones ni inversionistas internacionales, en razón del país de origen de sus capitales, aunque podrán establecerse y mantenerse tratos más favorables en beneficio de inversiones e inversionistas de países con los que Venezuela mantenga acuerdos de integración económica, acuerdos para evitar la doble tributación o, en general, acuerdos relativos total o parcialmente a cuestiones impositivas.

El trato que se debe otorgar a las inversiones y los inversionistas internacionales, será el trato más favorable entre el trato nacional y el de nación más favorecida, allí consagrados.

Por su parte, las inversiones y los inversionistas venezolanos tendrán derecho a un trato no menos favorable que el otorgado a las inversiones internacionales, o a los inversionistas internacionales, según corresponda, en circunstancias similares.

Respecto de las medidas que afectan la propiedad privada, o su posesión legítima y pacífica, la Ley prevé que no se decretarán ni ejecutarán confiscaciones, sino en los casos de excepción previstos por la Constitución; y en cuanto a las inversiones e inversionistas internacionales, por el derecho internacional. Sólo se realizarán expropiaciones de inversiones, o se aplicarán a éstas medidas de efecto equivalente a una expropiación, por causa de utilidad pública o de interés social, siguiendo el procedimiento legalmente establecido a estos efectos, de manera no discriminatoria y mediante una indemnización pronta, justa y adecuada. La indemnización será equivalente al justo precio que la inversión expropiada tenga inmediatamente antes del momento en que la expropiación sea anunciada por los mecanismos legales o hecha del conocimiento público, lo que suceda antes. La indemnización, que incluirá el pago de intereses hasta el día efectivo del pago, calculados sobre la base de criterios comerciales usuales, se abonará sin demora.

Las inversiones internacionales y, en su caso, los inversionistas internacionales, tendrán derecho, previo cumplimiento de la normativa interna y el pago de los tributos a los que hubiere lugar, a la transferencia de todos los pagos relacionados con las inversiones, tales como el capital inicial y las sumas adicionales necesarias para el mantenimiento, ampliación y desarrollo de la inversión; los beneficios, utilidades, rentas, intereses y dividendos; los fondos necesarios para el servicio y pago de los créditos internacionales vinculados a una inversión; las regalías y otros pagos relativos al valor y la remuneración de los derechos de propiedad intelectual; las indemnizaciones por expropiaciones; el producto de la venta o liquidación, total o parcial, de una inversión y los pagos resultantes de la solución de controversias.

Las transferencias se efectuarán sin demora, en moneda convertible, al tipo de cambio vigente el día de la transferencia de conformidad con las reglamentaciones de cambio en vigor para ese momento.

Podrán limitarse temporalmente las transferencias, en forma equitativa y no discriminatoria, de conformidad con los criterios internacionalmente aceptados, cuando debido a una situación extraordinaria de carácter económico o financiero, la aplicación de lo previsto en este artículo resulte o pueda resultar en un grave trastorno de la balanza de pagos o de las reservas monetarias internacionales del país, que no sea posible solucionar adecuadamente mediante alguna medida alternativa. En estos casos, la medida que imponga la limitación deberá evitar todo daño innecesario a los intereses económicos, comerciales y financieros de las inversiones internacionales y de los inversionistas internacionales; y deberá ser liberada en la medida en que se corrija la situación extraordinaria que le hubiere dado origen y en consecuencia, disminuyan o se eliminen los graves trastornos de la balanza de pagos o de

las reservas monetarias del país, o la amenaza de tales trastornos, según sea el caso.

Las administraciones estatales y municipales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, procurarán que sus impuestos, tasas y tributos a las actividades de industria y comercio no atenten contra las inversiones en términos de ser confiscatorios, ni obstaculicen el normal desarrollo de las mismas.

Con sujeción a las leyes, reglamentos y políticas relativas a la entrada y permanencia de extranjeros en el país, se permitirá el ingreso temporal al país a personas que le presten sus servicios a la empresa en la cual se ha realizado la inversión, o a su matriz, su filial o subsidiaria, empleadas en funciones administrativas o ejecutivas, o involucradas en actividades que impliquen conocimientos especializados indispensables para el normal desenvolvimiento de la inversión, quedando a salvo las limitaciones establecidas en la legislación laboral.

La Ley ordena establecer condiciones favorables para las inversiones y los inversionistas, dirigidas a promover las inversiones en general, a inducir la realización de inversiones en determinados sectores o regiones, o a crear condiciones atractivas para que se realicen inversiones que contribuyan con objetivos nacionales específicos de desarrollo. A estos efectos, el Ejecutivo podrá: establecer beneficios o incentivos específicos a las inversiones que se realicen en determinadas ramas o sectores económicos, o en aquellas actividades de apoyo o estímulo al logro de objetivos de política considerados como prioritarios, incluso reservando esos beneficios e incentivos únicamente a inversiones o a inversionistas venezolanos; condicionar el goce de un beneficio o incentivo a la realización de determinadas acciones por parte de los inversionistas o de la empresa en la cual se realice la inversión; y establecer beneficios o incentivos a las inversiones venezolanas en el exterior, en concordancia con las políticas y programas de comercio exterior y de integración.

La Ley también prevé que la República podrá celebrar contratos de estabilidad jurídica, con el propósito de asegurar a la inversión la estabilidad de algunas condiciones económicas en el tiempo de vigencia de los mismos. Dichos contratos serán celebrados, según el sector de la actividad económica de que se trate, por el Organismo Nacional Competente al que corresponda la aplicación de las disposiciones contenidas en la normativa comunitaria andina sobre capitales extranjeros y podrán garantizar a la inversión uno o más de los siguientes derechos:

- a) Estabilidad de los regímenes de impuestos nacionales vigentes al momento de celebrarse el contrato.
- b) Estabilidad de los regímenes de promoción de exportaciones.
- c) Estabilidad de uno o más de los beneficios o incentivos específicos a los que se hubiese acogido el inversionista o la empresa en la cual se realice la inversión, según fuere el caso.

Los contratos de estabilidad jurídica deberán celebrarse antes de la realización de la inversión y tendrán una vigencia no mayor de diez (10) años a partir de la fecha de su celebración y sólo podrán ser suscritos por las empresas o los inversionistas, según sea el caso, que se comprometan a cumplir con programas específicos de inversiones.

Acerca de la solución de controversias, la Ley prevé que las controversias que surjan entre las empresas o inversionistas que suscriban los contratos de estabilidad jurídica, y el Estado venezolano, a propósito de la interpretación y aplicación del respectivo contrato, podrán ser sometidas a arbitraje institucional en conformidad con lo previsto en la Ley sobre Arbitraje Comercial. Si el país de origen del inversionista internacional tiene o no vigente un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, se aplicarán los mecanismos allí previstos, y si fueren de aplicación el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI – MIGA), o el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), se estará a lo que allí se prevea. De no existir un tratado o acuerdo de protección de inversiones que sea aplicable, cualquier controversia que se suscite en relación con la aplicación de esa Ley, una vez agotada la vía administrativa por el inversionista, podrá ser sometida a los Tribunales Nacionales o a los Tribunales Arbitrales venezolanos, a su elección.

Finalmente, cabe analizar lo relativo a los diversos acuerdos de promoción y protección de inversiones, en lo sucesivo APPIs, así como a las disposiciones sobre el tema de inversiones contenidas en acuerdos de integración comercial, en las cuales efectivamente se establece un mecanismo de protección de inversiones.

Son numerosos los APPIs suscritos por los Países Miembros de la CAN. En nuestra investigación al respecto, hemos encontrado que Bolivia ha suscrito acuerdos de esta naturaleza con Alemania, Argentina, Bélgica, Cuba, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, España, Estados Unidos de América, Luxemburgo, Países Bajos, Perú, el Reino Unido y Suiza. Ecuador ha suscrito APPIs con Argentina, Bolivia, Canadá, Costa Rica, Chile, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Francia, Paraguay, República Dominicana, Reino Unido, Suiza y Venezuela. Perú tiene acuerdos de esta naturaleza con Alemania, Argentina, Australia, Bolivia, Colombia, Corea, Cuba, Chile, Dinamarca, Ecuador, España, El Salvador, Finlandia, Francia, Malasia, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Singapur, Suecia, Suiza, Tailandia y Venezuela. Venezuela ha suscrito APPIs con Alemania, Argentina, Barbados, Canadá, Chile, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, Ecuador, España, Lituania, Paraguay, Portugal, Reino Unido, Rumania, Suecia, Suiza y Trinidad y Tobago.⁹

La situación de los APPIs en Colombia es particularmente interesante. En efecto, Colombia suscribió acuerdos de esta naturaleza con varios países, pero los mismos fueron declarados parcialmente inexecutable por la Corte Constitucional de ese país, por cuanto las cláusulas sobre expropiaciones en esos Acuerdos vulneraban lo previsto en el artículo 58 de la Constitución, que establecía la posibilidad de expropiación sin compensación. La Constitución colombiana fue reformada en 1999 para, entre otros asuntos, eliminar esa posibilidad. Una vez reformada la Constitución, Colombia inició el proceso de negociación de Protocolos Modificatorios de los APPIs que habían sido declarados parcialmente inexecutable, para ajustar la cláusula objetada al nuevo texto constitucional.

Como resultado de esas negociaciones, están vigentes el APPI con Chile, que fue el primero cuyo texto se ajustó a la redacción actual de la Constitución colombiana¹⁰, y el APPI con Perú.¹¹ Otros acuerdos están en proceso de renegociación.

⁹ En el presente estudio, nos concentraremos en el análisis de los APPIs suscritos por los Países Miembros con otros países del continente americano, por ser éstos los relevantes a los efectos del ALCA.

¹⁰ La ley aprobatoria es la Ley 672 de 2001 «Por medio de la cual se aprueba el 'Acuerdo entre la República de Colombia y la República de Chile para la promoción y protección recíproca de las inversiones' y su protocolo, hechos en Cartagena de Indias, el 22 de enero de 2000 y sus canjes de notas aclaratorias, de 22 de enero de 2000, y de 9 y 30 de marzo de 2000». Esa Ley fue declarada executable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-294/02.

¹¹ La ley correspondiente es la Ley 801 de 2003, que aprueba el «Protocolo modificador adicional al Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Perú», hecho en Lima el siete (7) de mayo de dos mil uno (2001).

Además, los Países Miembros han suscrito acuerdos de libre comercio que incluyen normas sobre promoción y protección de inversiones. Es el caso, por ejemplo, del Tratado de Libre Comercio del Grupo de los Tres, entre México, Colombia y Venezuela¹²; el Cuarto Protocolo del Acuerdo de Complementación Económica entre Bolivia y Chile y el Tratado de Libre Comercio entre Bolivia y México.

Una disposición de un tratado comercial que merece ser destacada es la contenida en el artículo 48 del Tratado de Montevideo 1980, por el cual se crea la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Ese artículo establece: «Los capitales procedentes de los países miembros de la Asociación gozarán en el territorio de los otros países miembros de un tratamiento no menos favorable que aquel que se concede a los capitales provenientes de cualquier otro país no miembro, sin perjuicio de las previsiones de los acuerdos que puedan celebrar en esta materia los países miembros, en los términos del presente Tratado.» Como se observa, la ALADI establece un trato de nación más favorecida en cuanto a los capitales de sus miembros, siendo el estándar el tratamiento concedido a los capitales de cualquier otro país no miembro. Los países miembros pueden celebrar acuerdos sobre esta materia, en los términos de ese Tratado.

El análisis de estos acuerdos nos muestra que, salvo en el caso de los que Bolivia y el Ecuador suscribieron con los Estados Unidos, y el de Ecuador con Canadá, los Países Miembros han seguido el modelo de acuerdo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), mientras que en los tres acuerdos que constituyen excepciones a esta práctica, se ha seguido el modelo de acuerdo del TLCAN.

El estudio de los aspectos particulares de estos Acuerdos será hecho al analizar los puntos específicos, en la parte III de este Informe.

d) La posición general de los Países Miembros de la CAN sobre las inversiones:

En el Acuerdo de Cartagena, las inversiones están reguladas de la siguiente manera:

- En el artículo 3 se prevé que para alcanzar los objetivos de ese Acuerdo se empleará, entre otros mecanismos y medidas, la «canalización de recursos internos y externos a la Subregión para proveer el financiamiento de las inversiones que sean necesarias en el proceso de integración»;
- En el artículo 51 se establece que los Países Miembros coordinarán sus planes de desarrollo en sectores específicos y armonizarán gradualmente sus políticas económicas y sociales, con la mira de llegar al desarrollo integrado del área, mediante acciones planificadas. Este proceso se cumplirá mediante, entre otros mecanismos, la «armonización de las políticas cambiaria, monetaria, financiera y fiscal, incluyendo el tratamiento a los capitales de la Subregión o de fuera de ella»;
- En el artículo 52 se prevé la adopción de un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y, entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías, y en el artículo 53, la adopción de un régimen uniforme para las empresas multinacionales andinas;

¹² Las disposiciones de este Tratado sobre expropiación no fueron declaradas inexecutable por cuanto fueron objeto de una reserva recíproca entre Colombia, por una parte, y México y Venezuela, por la otra.

- En el artículo 59 se regula la adopción de Programas de Integración Industrial, que deberán contener cláusulas sobre, entre otros asuntos, la «coordinación de las nuevas inversiones a escala subregional y medidas para asegurar su financiación»;
- En el artículo 70, respecto de la coordinación entre la Comisión y la Secretaría General, por una parte, y la Corporación Andina de Fomento por la otra, se prevé que esa coordinación se oriente a «Facilitar la coordinación de políticas y la programación conjunta de las inversiones», y a «Promover la financiación de los proyectos de inversión que se generen de la ejecución de las modalidades de integración industrial»;
- En el artículo 119 se prevé la coordinación de políticas en materias financieras y de pagos, a cuyo efecto la Comisión adoptará, entre otras acciones, la promoción de inversiones para los programas de la integración andina y las medidas que faciliten la circulación de capitales dentro de la Subregión y en especial la promoción de empresas multinacionales andinas.

Como se observa, la regulación de las inversiones es un factor importante del esquema de integración andino. A los fines de esa regulación, el Acuerdo de Cartagena otorga amplias facultades a la Comisión para que en el marco de los programas de armonización de políticas, de integración industrial y de coordinación de políticas financieras, establezca las reglas necesarias sobre ese tema, las cuales pueden abarcar tanto a la inversión originaria de los Países Miembros como a la proveniente de fuera de la Subregión. Particular énfasis, sin embargo, pone el Acuerdo de Cartagena en la regulación de los capitales extranjeros y de algunos aspectos relacionados con la transferencia de tecnología, como lo son las marcas, las patentes, las licencias y las regalías. Asimismo, el Acuerdo postula la creación de una categoría especial de empresas, denominadas Multinacionales Andinas, como un medio de facilitar en el ámbito empresarial, la participación conjunta de capitales de varios Países Miembros.

En desarrollo de las normas del Acuerdo que se han comentado, la Comisión ha aprobado las siguientes Decisiones, actualmente vigentes:

- Decisión 291, contentiva del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías;
- Decisión 292, contentiva del Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas;
- Decisión 295, por la que se incluye a la Corporación Financiera Holandesa (FMO) en la Nómina de Entidades con Opción al Tratamiento de Capital Neutro para sus Inversiones; y, en el ámbito de la liberalización del comercio de servicios, a la
- Decisión 439, que establece el Marco General para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina.

Los aspectos más relevantes de la Decisión 291, a los efectos del presente estudio, son los siguientes:

- Regula sólo la inversión extranjera directa, entendida básicamente como «los aportes provenientes del exterior de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras al capital de una empresa, en moneda libremente convertible o en bienes físicos o tangibles, tales como plantas industriales, maquinarias nuevas y reacondicionadas, equipos nuevos y reacondicionados, repuestos, partes y piezas, materias primas y productos intermedios.»

Igualmente, se considerarán como inversión extranjera directa las inversiones en moneda nacional provenientes de recursos con derecho a ser remitidos al exterior y las reinversiones que se efectúen de conformidad con ese Régimen, y los Países Miembros quedan en libertad para, de conformidad con sus respectivas legislaciones nacionales, considerar 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.

- Clasifica a los inversionistas en nacionales, subregionales y extranjeros;
- Clasifica a las empresas en nacionales, mixtas o extranjeras, dependiendo del porcentaje de participación de inversión extranjera en su capital social y de cómo ello se refleje en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa.
- Crea la figura del capital neutro, conformado por las inversiones de las entidades financieras internacionales públicas de las que forman parte todos los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena y que se listan en el Anexo a esa Decisión. Dichas inversiones no se computarán ni como nacionales ni como extranjeras en la empresa en que participen:
- Establece un principio de trato nacional, al señalar que «Los inversionistas extranjeros tendrán los mismos derechos y obligaciones a los que se sujetan los inversionistas nacionales, salvo lo dispuesto en las legislaciones de cada País Miembro»¹³
- Somete a registro ante el organismo nacional competente¹⁴ a las inversiones extranjeras y las subregionales. Ese registro se hará en moneda libremente convertible.
- Reconoce a los inversionistas extranjeros y subregionales los derechos a transferir al exterior, en divisas libremente convertibles, en los términos previstos en la legislación de cada País Miembro, las utilidades netas comprobadas que provengan de su inversión extranjera directa, y a reexportar las sumas que obtengan cuando vendan, dentro del país receptor, sus acciones, participaciones o derechos o cuando se produzca la reducción del capital o la liquidación de la empresa, previo pago de los impuestos correspondientes.
- Reconoce a los productos producidos por las empresas nacionales, mixtas o extranjeras que cumplan con las normas especiales o requisitos específicos de origen, el goce de las ventajas derivadas del Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena.

¹³ Decisión 291. Artículo 2°.

¹⁴ «Organismo Nacional Competente» es la denominación dada por la Decisión al ente gubernamental que en cada País Miembro esté a cargo de la aplicación de la Decisión.

- Remite a las legislaciones internas de los Países Miembros lo relativo a la solución de las controversias o conflictos derivados de las inversiones extranjeras directas o de inversionistas subregionales o de la transferencia de tecnología extranjera.
- Regula el registro de los contratos de licencia de tecnología, de asistencia técnica, de servicios técnicos, de ingeniería básica y de detalle y demás contratos tecnológicos de acuerdo con las respectivas legislaciones de los Países Miembros, incluyendo la indicación de las cláusulas exigidas y de aquéllas prohibidas en dichos contratos;
- Prevé que las inversiones de la Corporación Andina de Fomento sean consideradas como inversión nacional en cada País Miembro;
- Permite a las entidades financieras internacionales gubernamentales, de las que no formen parte todos los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, y a las entidades gubernamentales extranjeras de cooperación para el desarrollo, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que soliciten la calificación de capital neutro para sus inversiones y su inclusión en el Anexo a ese Régimen.
- Autoriza a las empresas extranjeras que tuvieran convenio vigente de transformación en mixtas, a solicitar ante los respectivos organismos nacionales competentes que se deje sin efecto dicho convenio.

En cumplimiento de lo previsto en la Decisión 291, la Corporación Financiera Holandesa (FMO) fue incorporada a la Nómina de Entidades con Opción al Tratamiento de Capital Neutro para sus Inversiones, mediante la Decisión 295.

La Decisión 292 establece el Régimen Uniforme para las Empresas Multinacionales Andinas, que es un tipo especial de sociedad anónima, domiciliada en el territorio de uno de los Países Miembros y caracterizada por tener aportes de propiedad de inversionistas nacionales de dos o más Países Miembros, que en conjunto sean superiores al 60% del capital de la empresa, distribuidos y representados en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la misma en la forma que indica la Decisión.

Los aportes de inversionistas extranjeros y subregionales a las Empresas Multinacionales Andinas se harán en monedas libremente convertibles o en bienes físicos o tangibles tales como plantas industriales, maquinarias nuevas y reacondicionadas, equipos nuevos y reacondicionados, repuestos, partes y piezas, materias primas y productos intermedios, provenientes de cualquier país distinto al del domicilio principal, o en moneda nacional proveniente de recursos con derecho a ser remitidos al exterior. También podrán realizarse aportes en contribuciones tecnológicas intangibles, en las mismas condiciones que se establezcan para los inversionistas extranjeros.

Esos aportes están sujetos a registro en moneda libremente convertible, previa verificación de la calidad de nacional del inversionista.

La Empresa Multinacional Andina (EMA) disfruta de un tratamiento especial, cuyas características más importantes, a los efectos de este estudio, son las siguientes:

- a) Trato nacional, para las EMAs y sus sucursales, en las preferencias para las adquisiciones de bienes o servicios del sector público;
- b) Libre circulación intrasubregional de los aportes destinados al capital de las EMAs y sus sucursales;
- c) Eliminación de gravámenes, restricciones u obstáculos para la exportación e importación de los bienes físicos y tangibles originarios de un País Miembro que se aporten al capital de una EMA;
- d) Trato nacional en cuanto al acceso a los mecanismos de fomento a las exportaciones en la actividad económica que desarrollen, siempre que cumplan con los mismos requisitos exigidos para las empresas nacionales por la legislación correspondiente;
- e) Acceso a los sistemas especiales de importación - exportación establecidos en la legislación nacional del País Miembro del domicilio principal y de la sucursal;
- f) Trato nacional en cuanto al acceso a los sectores de la actividad económica reservados para las empresas nacionales, de conformidad con las respectivas legislaciones de los Países Miembros;
- g) Derecho a instalar sucursales en Países Miembros distintos del país del domicilio principal, con derecho de tales sucursales a transferir al domicilio principal, en divisas libremente convertibles, la totalidad de sus utilidades netas comprobadas, que provengan de su inversión directa, previo pago de los impuestos correspondientes;
- h) Derecho de los inversionistas extranjeros y subregionales en una EMA a transferir al exterior, en divisas libremente convertibles, la totalidad de las utilidades netas comprobadas que provengan de su inversión directa, previo pago de los impuestos correspondientes;
- i) Trato nacional en materia de impuestos nacionales internos, tanto para las EMAs como para sus sucursales, siempre que cumplan con los mismos requisitos exigidos por la legislación nacional para las empresas nacionales en la actividad económica que desarrollen;
- j) Reglas especiales para evitar la doble tributación, según las cuales:
 - I) El País Miembro del domicilio principal no gravará con los impuestos a la renta a las remesas de la parte de los dividendos distribuidos por la EMA que correspondan a las utilidades obtenidas por sus sucursales instaladas en los demás Países Miembros;
 - II) En el País Miembro del domicilio principal no se gravará con el impuesto a la renta la redistribución que realice la empresa inversionista de la parte de los dividendos percibidos de la EMA que corresponda a las utilidades obtenidas por las sucursales de esta última instaladas en los demás Países Miembros;
 - III) En los Países Miembros distintos al del domicilio principal, no se gravará con el impuesto a la renta la redistribución que realice la empresa inversionista de los dividendos percibidos de la EMA.
- k) Consideración como nacional del personal calificado de origen subregional de las EMAs, para los efectos de la aplicación de las disposiciones sobre cupos de trabajadores extranjeros, y facilitación de la contratación de personal de origen subregional por las EMAs.
- l) Facilitación del ingreso y permanencia en el territorio de los Países Miembros, por el tiempo necesario para la realización de sus labores, de los promotores, inversionistas y ejecutivos de las EMAs, a cuyo efecto los Países Miembros les otorgarán las correspondientes visas con la sola verificación de su calidad de promotor, inversionista o ejecutivo de la EMA.

m) Preferencia a las EMAs en la contratación de tecnología en cualquiera de sus formas, incluso marcas o patentes.

Por su parte, la Decisión 439 contiene el Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina.

Esta Decisión, que se inspira en el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios de la Organización Mundial del Comercio, persigue la creación del Mercado Común Andino de Servicios, mediante la eliminación de las medidas restrictivas al interior de la CAN.

Para alcanzar este objetivo la Decisión abarca los distintos modos de prestación de servicios, incluyendo cuando éstos son prestados mediante la presencia comercial de empresas prestadoras de servicios de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro. Esta presencia comercial es definida como «Todo tipo de establecimiento comercial o profesional dentro del territorio de un País Miembro con el fin de suministrar un servicio, a través de, por ejemplo: a) La constitución, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica; o, b) La creación o mantenimiento de una sucursal o una oficina de representación.» Las medidas adoptadas por los Países Miembros que afectan al comercio de servicios incluyen aquéllas referentes a la presencia comercial de personas de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro para el suministro de un servicio.

Conforme a la Decisión 439, cada País Miembro otorga a los servicios y prestadores de servicios de los demás Países Miembros el siguiente trato:

- a) Acceso a su mercado a través de cualquiera de los modos de prestación de servicios previstos en la Decisión, los cuales incluyen, como se ha indicado, a la presencia comercial;
- b) Trato de nación más favorecida, siendo el estándar el trato concedido a los servicios y prestadores de servicios similares de cualquier otro país, miembro o no de la Comunidad Andina;
- c) Trato nacional, siendo el estándar el trato otorgado a los propios servicios o prestadores de servicios similares.

Las condiciones de acceso y trato nacional están sujetas a un proceso de liberalización progresiva, que se inicia con la adopción de un compromiso de no establecer nuevas medidas que incrementen el grado de disconformidad o que incumplan con las disposiciones sobre acceso y trato nacional, y se complementa con un proceso de liberalización mediante negociaciones anuales, a partir de un inventario de las medidas contrarias a los principios de acceso a mercado y de trato nacional¹⁵. A más tardar en el año 2005 deberá culminar el proceso de liberalización del comercio intrasubregional de servicios, mediante el levantamiento de las medidas mantenidas por cada País Miembro.

Respecto del origen de los servicios, necesario para gozar del Mercado Común Andino de Servicios, se prevé que se consideren como originarios, entre otros, a los servicios suministrados por personas jurídicas constituidas, autorizadas o domiciliadas, con arreglo a la legislación nacional, en cualquiera de los Países Miembros y que efectivamente realicen operaciones sustanciales en el territorio de cualquiera de éstos, o por Empresas Multinacionales Andinas.

¹⁵ El Inventario de Medidas Restrictivas del Comercio de Servicios fue adoptado mediante la Decisión 510, del 30 de octubre de 2001. Ese Inventario corresponde a un esquema de lista negativa y, en ese sentido, se entiende que las medidas no incluidas en el mismo están liberalizadas.

Un elemento importante para la determinación de la posición general de la CAN ante la inversión lo constituye el conjunto de declaraciones emitidas por el Consejo Presidencial Andino. Sin embargo, el análisis de las actas de las reuniones de ese Consejo evidencia que el tema de la inversión, tanto nacional como extranjera, no ha sido objeto del estudio de ese Consejo. Hemos encontrado algunos lineamientos sobre el apoyo a la creación del Mercado Común Andino de Servicios, que pueden estimarse relacionadas en virtud de la antes anotada vinculación entre ese Mercado y las inversiones de capitales de un País Miembro, en otro. Respecto del tema de las inversiones, en los últimos años, el Consejo Presidencial Andino sólo se ha expresado, en el año 1999, al hacer un llamado «... a los agentes sociales y económicos para que depositen en la Comunidad Andina la confianza necesaria para garantizar el aumento de los flujos de comercio, de la inversión, del empleo y la calidad de vida¹⁶»; y en el año 2000, cuando al delinear las acciones a tomar para establecer el Mercado Común Andino, expresó que «La libre circulación de capitales será abordada a partir de acciones de cooperación y concertación entre los organismos sectoriales nacionales. La eliminación de las restricciones al movimiento de capitales constituye un factor fundamental para el funcionamiento y desarrollo del Mercado Común Andino»¹⁷.

e) Otras referencias importantes para las negociaciones sobre inversiones:

Existen varios acuerdos suscritos entre países del hemisferio, que deben ser considerados al analizar las negociaciones sobre inversiones, tanto por cuanto estos acuerdos han sido importantes para la evolución del trato a las inversiones, como porque una de las partes de esos acuerdos son los Estados Unidos de América, principal inversionista extranjero en la Subregión y país con el que se mantienen negociaciones sobre el tema, sea en el ámbito del ALCA, sea en la búsqueda de un Tratado de Libre Comercio entre ese país, por una parte, y Colombia, Ecuador y Perú, por la otra.

Nos referimos a:

- I) El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)
- II) El Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos de América
- III) El Tratado de Libre Comercio entre los países de Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos de América.

Los aspectos fundamentales de estos acuerdos, en cuanto se relaciona con el tema de inversiones, son los siguientes:

- Tratado de América del Norte (TLCAN):

Rige entre Canadá, Estados Unidos de América y México. Fue negociado entre 1991 y 1992. Se le adicionaron acuerdos sobre medio ambiente y asuntos laborales en 1993 y entró en vigencia el 1° de enero de 1994.

El siguiente texto, tomado de la página web del Servicio de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de Estados Americanos, ilustra suficientemente acerca de la normativa sobre inversiones del TLCAN:

«Conforme a la definición del TLCAN la inversión comprende intereses minoritarios, inversiones en cartera y propiedad real, así como inversiones cuya propiedad mayoritaria o control estén en un país del TLCAN. Además, la cobertura del TLCAN se extiende a las inversiones hechas por una compañía constituida en un país del TLCAN, cualquiera sea

¹⁶ Declaración de Cartagena del Consejo Presidencial Andino.

¹⁷ Acta de Lima, del Consejo Presidencial Andino.

su país de origen. Los servicios de transporte terrestre, ferroviario y aéreos especiales, que fueron excluidos del ALC, están cubiertos por el TLCAN. Las partes también han acordado someter al arbitraje internacional las controversias entabladas por inversionistas extranjeros. Esta sección fija las reglas para el trato que dispensarán las Partes a los inversionistas y sus inversiones. En términos generales, estipula las reglas para el trato a las inversiones pertenecientes a inversionistas de otra Parte, aunque las disposiciones sobre requisitos de desempeño y medidas ambientales se aplican a todas las inversiones (vale decir, incluyen a las inversiones internas y a las de países ajenos al TLCAN).

El Artículo 1101 establece que la Sección A se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte (es decir, cualquier nivel de gobierno) relativas a: los inversionistas de otra Parte, las inversiones de inversionistas de otra Parte y, en lo relativo a los requisitos de desempeño y las medidas ambientales, a todas las inversiones. Esta sección no se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte en la medida que estén comprendidas en el Capítulo catorce, relativo a servicios financieros.

El Artículo 1101 afirma el derecho de las Partes a prestar servicios o llevar a cabo funciones tales como la ejecución y aplicación de las leyes, servicios de bienestar social y salud, etc. El artículo también afirma que México tiene el derecho de desempeñar exclusivamente las actividades económicas señaladas en el Anexo III, donde figuran los sectores que la Constitución mexicana reserva al Estado. En la medida que México permita las inversiones extranjeras en esos sectores (por ejemplo bajo la forma de contrato de servicios o acuerdo de producción conjunta) se aplicarán a esa inversión las protecciones del capítulo sobre inversión. En otros artículos se establecen excepciones a obligaciones particulares (por ejemplo el Artículo 1108 dispone que los subsidios no están sujetos a la obligación de trato nacional).

El Artículo 1102 estipula las obligaciones básicas de trato nacional para los inversionistas y sus inversiones con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones. Trato nacional significa que una Parte dispensará a los inversionistas de otras Partes y a sus inversiones un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas. Esta última frase sienta las bases para la comparación entre las disposiciones internas y del TLCAN atinentes a los inversionistas y sus inversiones. El trato nacional dispensado por los gobiernos estatales, provinciales y locales significa el mejor trato dado por esas autoridades a cualquier inversionista o inversión. El artículo explica que el trato nacional prohíbe la imposición de requisitos de que un nivel mínimo de participación accionaria en una empresa esté en manos de sus nacionales y también requerir que un inversionista venda o disponga de cualquier otra manera de su inversión por razón de su nacionalidad. De hecho, la obligación de trato nacional confiere a los inversionistas el derecho de establecer una inversión en condiciones tan favorables como las acordadas a los inversionistas nacionales y a recibir un tratamiento tan favorable como el dispensado a los inversionistas nacionales después de su establecimiento.

El Artículo 1103 dispone que cada una de las Partes otorgará a los inversionistas y a las inversiones de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones e inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte del TLCAN (por ejemplo el Canadá debe dar a los inversionistas y a las inversiones de México y de los Estados Unidos un trato tan favorable como el acordado a los inversionistas o a las inversiones europeas o japonesas). El trato que requiere el Artículo 1104 es el mejor de los requeridos por las disposiciones de trato nacional y de trato de nación más favorecida.

El Artículo 1105 que provee para el trato acorde con el derecho internacional, tiene por objeto asegurar un nivel mínimo para el trato que habrá de dispensarse a las inversiones de inversionistas del TLCAN. El trato nacional ofrece un nivel relativo de trato, mientras que este Artículo estipula un nivel mínimo absoluto, basado en principios de larga data del derecho consuetudinario internacional. En el caso de las pérdidas sufridas por causa de conflictos armados o contiendas civiles, cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte una compensación basada en trato no discriminatorio. Empero, el último párrafo del artículo estipula una excepción con respecto a los subsidios o ventajas que no sean provistos sobre una base de trato nacional.

El Artículo 1106 prohíbe la imposición de diversos requisitos de compromiso o iniciativa «en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación» de inversiones tales como el requisito de exportación de un nivel determinado y de contenido nacional. Prohíbe, asimismo, el uso de requisitos específicos de desempeño tales como las condiciones supeditadas a ventajas (subsidios, incluidos los incentivos tributarios), incluidas las preferencias para las fuentes nacionales de bienes y la restricción de las ventas nacionales mediante la relación de esas ventas con el desempeño exportador. Las prohibiciones mencionadas no se aplican a los subsidios condicionados a los requisitos sobre ubicación de la producción, prestación de servicios, capacitación o empleo de trabajadores, construcción o ampliación de instalaciones o realización de investigación y desarrollo. No restringe el uso de ciertas medidas (por ejemplo de carácter ambiental) que requieren una proporción de contenido nacional, siempre que esas medidas no se apliquen de manera arbitraria ni constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales. Entre las medidas incluidas figuran las necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal y de las plantas.

De conformidad con el Artículo 1107 ninguna de las Partes podrá exigir que una empresa de esa Parte, que sea una inversión de un inversionista de otra Parte, designe a individuos de alguna nacionalidad en particular para ocupar puestos de alta dirección. Esta disposición tiene por objeto permitir que los inversionistas del ámbito del TLCAN empleen al personal de su elección (sujeto a las leyes de inmigración del país huésped). Además, una Parte podrá exigir que la mayoría de los miembros de un consejo de administración de una empresa sea de una nacionalidad en particular o sea residente en territorio de la Parte, siempre que el requisito no menoscabe significativamente la capacidad del inversionista para ejercer el control de su inversión. Las reservas del Anexo I protegen esos requisitos.

Los artículos 1102, 1103 y 1107 no se aplican a las adquisiciones del sector público y los subsidios. El Artículo 1108 especifica las excepciones permitidas a las obligaciones impuestas por los artículos 1102 (trato nacional), 1103 (trato de nación más favorecida), 1106 (requisitos de desempeño) y 1107 (altos ejecutivos y consejos de administración). Establece también las relaciones de los anexos I, II, III y IV con esta sección. El Anexo I describe las medidas existentes que no cumplen con las obligaciones de los artículos 1102, 1103, 1106 y/o 1107. Las medidas disconformes existentes no podrán ser modificadas en el futuro de manera que sean más restrictivas y, una vez liberalizadas, tampoco podrán volverse más restrictivas. En el plano federal, las medidas disconformes que habrán de mantenerse se describen en la lista de cada país que figura en el Anexo I. Las medidas estatales y provinciales existentes están exceptuadas de las disposiciones pertinentes por espacio de dos años después de la entrada en vigor del Tratado, vale decir hasta el 1 de enero de 1996. Para que esas medidas se mantengan vigentes deberán incluirse en el Anexo I después del período de dos años. Las medidas de los gobiernos locales podrán mantenerse y no se requiere que figuren en el Anexo I. El Artículo 1108 también estipula una serie de excepciones limitadas al Artículo 1106, permitiendo la aplicación de algunos requisitos de desempeño relacionados con ayuda externa, promoción de exportaciones, compras del sector público y aranceles preferenciales y cuotas.

En cuanto al Canadá todas las medidas federales disconformes se mantienen y figuran en el Anexo I. En el marco del TLCAN el Canadá ha acordado extender a los inversionistas mexicanos los umbrales de revisión más altos de la Ley de Inversiones del Canadá establecidos en el ALC, y modificar la fórmula de indexación existente del ALC para los umbrales de revisión, a fin de incluir el crecimiento económico real y la inflación (estos compromisos están estipulados en el Anexo I). En cuanto a los Estados Unidos todas las medidas federales disconformes se mantienen y figuran en el Anexo I. México, sin embargo, se comprometió a ampliar significativamente la liberalización de su régimen de inversiones, y esos compromisos están especificados en el calendario de México en el Anexo I.

Esta liberalización incluye un aumento significativo de los umbrales de México para la revisión de adquisiciones por extranjeros, reducción o eliminación de muchas restricciones a la inversión extranjera en sectores específicos y la eliminación gradual de los requisitos de desempeño relacionados con la distorsión del comercio.

El Anexo II enumera los sectores o actividades a los cuales no se aplican los artículos 1102, 1103, 1106 ó 1107 en relación con las medidas disconformes y existentes y con posibles medidas nuevas o más restrictivas. Empero, una Parte no podrá exigir la enajenación de inversiones existentes por razón de su nacionalidad, cuando dicte nuevas medidas cubiertas por el Anexo II.

El Anexo III estipula los sectores reservados al Estado conforme a la Constitución mexicana y las disposiciones aplicables a México en cuanto a la privatización de empresas estatales. México se reserva el derecho de imponer restricciones a la propiedad extranjera en el momento en que se permita la inversión privada nacional. Para las actividades que estuvieran reservadas al Estado al 1 de enero de 1992 pero no a la fecha de entrada en vigor del Tratado, México conserva el derecho de imponer restricciones a la propiedad extranjera en la venta inicial por un período máximo de tres años. A medida que México liberalice esas restricciones se aplicarán las disposiciones del Artículo 1108, vale decir que una vez que un sector se abra a la inversión privada y/o extranjera, en el futuro no podrán restablecerse las restricciones y las excepciones deberán constar en el Anexo I.

El Anexo IV establece las excepciones al Artículo 1103 (trato de nación más favorecida) incluidos todos los acuerdos bilaterales y multilaterales existentes, así como los acuerdos futuros que guarden relación con aviación, pesca, asuntos marítimos y telecomunicaciones.

En el marco del Artículo 1109 se requiere que cada una de las Partes permita que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra Parte (ganancias, amortizaciones de préstamos, liquidaciones, etc.) se hagan libremente y sin demoras. El artículo también prohíbe la repatriación forzosa de fondos (vale decir, por el gobierno del país de origen). Se permite ciertas excepciones con objeto de aplicar leyes generales relativas, por ejemplo, a quiebras y comercio de valores. (En el Artículo 2104 se estipula una excepción limitada para casos de dificultades de la balanza de pagos).

De conformidad con el Artículo 1110, ninguna de las Partes podrá expropiar o nacionalizar las inversiones de inversionistas de otra Parte, salvo por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, con apego al principio de legalidad y mediante el pago de indemnización. Ésta será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión, más intereses a una tasa comercial razonable. El artículo dispone que si una Parte elige pagar la indemnización en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la

divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente a la fecha de expropiación. El artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación con derechos de propiedad intelectual, o con la revocación, limitación o creación de esos derechos, en la medida que sean conformes con el Capítulo diecisiete (propiedad intelectual).

El Artículo 1111 permite formalidades especiales, como requisitos de constitución, siempre que no menoscaben significativamente la protección otorgada por una Parte a inversionistas de otra Parte. Además, una Parte podrá exigir a un inversionista de otra Parte que proporcione información rutinaria referente a su inversión, exclusivamente con fines de información o estadística.

El Artículo 1112 dispone que, en caso de incompatibilidad entre este capítulo y otro capítulo, prevalecerá este último en la medida de la incompatibilidad. Este artículo asegura que las disposiciones específicas de otros capítulos no sean sobrepasadas por las disposiciones generales de este capítulo. El artículo especifica que si una Parte requiere a un prestador de servicios que deposite una fianza como condición para prestar un servicio en su territorio, el capítulo se aplicará a la fianza, pero no a la prestación transfronteriza del servicio.

Conforme al Artículo 1113 una Parte podrá denegar los beneficios acordados por este capítulo a un inversionista de otra Parte que sea una empresa de esta Parte, si dicha empresa es propiedad o está controlada por inversionistas de un país que no es Parte y si la Parte que deniegue los beneficios no mantiene relaciones diplomáticas con el país que no es Parte o adopta o mantiene medidas en relación con el país que no es Parte, que prohíben transacciones con esa empresa o que serían violadas o eludidas de aplicarse el TLCAN. Una Parte también podrá denegar los beneficios en caso de inversiones «impostoras» (cuando no haya actividades comerciales sustanciales en una Parte del TLCAN).

El primer párrafo del Artículo 1114 afirma el derecho de cada Parte a adoptar y poner en práctica cualquier medida de carácter ambiental, congruentes con el capítulo (por ejemplo las medidas ambientales deben aplicarse sobre una base de trato nacional). El segundo párrafo, que se refiere al problema de los refugios para la contaminación, exige que las Partes reconozcan que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a salud o seguridad relativas al medio ambiente, y que las Partes no deberían renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar dichas medidas con objeto de atraer inversiones. Si una Parte estima que otra Parte ha alentado una inversión de tal manera, podrá solicitar consultas.

La Sección B del Capítulo once refiere a las Partes privadas que tengan una controversia con una Parte que no sea la propia, a cualquiera de tres conjuntos de reglas de arbitraje aplicables, cuyo objeto es regir los procedimientos de arbitraje en cuestión.

El propósito de esta sección, declarado en el Artículo 1115, es establecer un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión que asegure, tanto trato igual entre inversionistas de las Partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como debido proceso legal ante un tribunal imparcial. Las disposiciones de esta sección son sin perjuicio de los derechos y obligaciones de las Partes establecidos en el Capítulo veinte (disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias).

Conforme al Artículo 1116 el inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una reclamación si considera que otra Parte (es decir, una distinta a la Parte de la cual el inversionista es nacional o una entidad controlada por un nacional de esa Parte) ha violado una obligación establecida en la Sección A o el Artículo 1503(2) (empresas del Estado) o en el párrafo 3(a) del Artículo 1502 (monopolios y empresas del Estado), cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A y que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella. El inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños.

Sobre las mismas bases de sustento de las reclamaciones al amparo del Artículo 1116, el Artículo 1117 dispone que el inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una reclamación en representación de una empresa incorporada en la jurisdicción de otra Parte donde el inversionista es el propietario de la empresa o está bajo su control directo o indirecto. Cuando un inversionista presente una reclamación de conformidad con este artículo y de manera paralela el inversionista o un inversionista que no tenga el control de una empresa, presente una reclamación en los términos del Artículo 1116 como consecuencia de los mismos actos, el tribunal establecido de conformidad con el Artículo 1126 examinará conjuntamente dichas demandas, salvo que el tribunal determine que los intereses de una parte contendiente se verían perjudicados. Una inversión no podrá presentar una reclamación conforme a esta sección.

El Artículo 1118 dispone que las partes contendientes intentarán primero dirimir la controversia por vía de consulta o negociación. El Artículo 1119 dispone que, en caso de fracaso de la vía prevista en el artículo anterior, el inversionista contendiente notificará por escrito a la Parte su intención de someter la reclamación a arbitraje cuando menos 90 días antes de que se presente formalmente la reclamación. La notificación señalará el nombre y domicilio del inversionista contendiente, las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamación y la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados. El Artículo 1120 estipula que, salvo en los casos en que el inversionista, o una entidad mexicana controlada por un inversionista de otra Parte, hayan iniciado un procedimiento ante un tribunal mexicano, el inversionista podrá someter su reclamación a arbitraje de acuerdo con: el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista sean Estados parte del Convenio; las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre y cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea parte del Convenio del CIADI; o las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Esos cuerpos normativos proveen las reglas de procedimiento conforme a las cuales tendrá lugar el arbitraje. Deberá haber transcurrido un lapso de seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, antes que pueda someterse una reclamación a arbitraje. Esta disposición tiene por objeto dar tiempo para que la controversia se resuelva amistosamente, antes de recurrir a los procedimientos para la solución de controversias.

Conforme al Artículo 1121 un inversionista contendiente podrá someter a arbitraje una reclamación de conformidad con el Artículo 1116 sólo si: consiente en someterse al arbitraje en los términos de procedimientos establecidos en el Tratado; y el inversionista, y cuando la reclamación se refiera a pérdida o daño sufrido por una empresa que sea propiedad del inversionista o esté bajo su control directo o indirecto, la empresa renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial (salvo

los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario) respecto de la medida en cuestión.

Las reclamaciones que se presenten conforme al Artículo 1117 en nombre de inversiones deben ajustarse a las mismas condiciones. El consentimiento y la renuncia deberán incluirse en el sometimiento de la reclamación a arbitraje.

El requisito de la renuncia por parte de las empresas no podrá usarse contra el inversionista cuando la Parte contendiente haya privado al inversionista del control de la empresa. En esos casos no se requiere la renuncia de la empresa y, específicamente en el caso de empresas mexicanas que impugnen la pérdida de control en procedimientos judiciales en México, el inversionista no tendrá vedado el sometimiento de la cuestión a arbitraje.

En virtud del Artículo 1122, el Canadá, México y los Estados Unidos no podrán alegar, ulteriormente, que no consintieron en que se sometiera a arbitraje algún asunto en particular. Cada una de las Partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje en el futuro, siempre que dichas reclamaciones se hagan conforme a los procedimientos establecidos en la Sección B. Este consentimiento y el sometimiento de los reclamos satisfacen los requisitos técnicos del Convenio del CIADI, la Convención (de Nueva York) de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Aplicación de los Laudos Arbitrales Extranjeros, y la Convención Interamericana (de Panamá) sobre Arbitraje Comercial Internacional. Salvo en lo que atañe a un tribunal establecido conforme al Artículo 1126 (acumulación) para acumular varias reclamaciones, el Artículo 1123 dispone que el Tribunal estará integrado por tres árbitros. Cada una de las partes contendientes nombrará uno y el tercero, que será el presidente del tribunal, será nombrado por acuerdo de las partes contendientes. Éstas, sin embargo, están habilitadas para optar por un número diferente de árbitros. El Artículo 1124 establece los procedimientos que habrá de seguirse para nombrar los árbitros si un tribunal, que no sea uno establecido conforme al Artículo 1126 (acumulación), no se ha constituido en un plazo de 90 días a partir de la fecha en que la reclamación se someta a arbitraje.

Las Partes del TLCAN han acordado que el Secretario General del CIADI, a petición de cualquiera de las partes contendientes, nombrará, a su discreción, al árbitro o árbitros no designados todavía, pero no al presidente del tribunal. Éste será designado también por el Secretario General, pero de una lista permanente de árbitros que no sea nacional de la Parte contendiente o de la Parte del inversionista contendiente. En caso de que no se encuentre en la lista un árbitro disponible para presidir el tribunal, el Secretario General designará, del panel de árbitros del CIADI, al presidente del tribunal, siempre que sea de nacionalidad distinta a la de cualquiera de las partes.

El Canadá, los Estados Unidos y México han acordado mantener, en forma conjunta, una lista de 45 árbitros como posibles presidentes de tribunal arbitral que reúnan las cualidades establecidas en el Artículo 1120. Los miembros de la lista deberán contar con experiencia en derecho internacional y en asuntos en materia de inversión, y serán designados por consenso y sin importar su nacionalidad.

Con objeto de satisfacer los requisitos técnicos del Convenio del CIADI y de las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, en el Artículo 1125 las Partes han acordado su consentimiento para la designación de árbitros. De la misma forma, este artículo estipula que cualquiera que desee someter a arbitraje una reclamación de conformidad con los artículos 1116 ó 1117 deberá manifestar antes su consentimiento por escrito sobre la designación de cada uno de los miembros del tribunal. El consentimiento de un contendiente

se dará sin perjuicio de que el contendiente pueda objetar a un árbitro por razones legítimas, la nacionalidad por ejemplo. El Artículo 1126 permite que un solo tribunal acumule y considere dos o más reclamos en forma conjunta cuando determine que las reclamaciones sometidas a arbitraje plantean cuestiones en común de hecho o de derecho. Ese tribunal se establecerá conforme a las reglas de arbitraje del CNUDMI y conducirá sus procedimientos de conformidad con esas reglas, salvo por las modificaciones estipuladas en esta sección. En un plazo de 60 días a partir de la fecha de la recepción de la solicitud, el Secretario General del CIADI instalará un tribunal integrado por tres árbitros. El Secretario General nombrará al presidente del tribunal de la lista de árbitros establecida por las Partes del TLCAN y si no encuentra en la lista un árbitro disponible para presidir el tribunal, designará al presidente de la lista de árbitros del CIADI. El presidente no será nacional de ninguna de las Partes. El Secretario General designará a los otros dos integrantes del tribunal. Uno de los miembros será nacional de la Parte contendiente y otro miembro será nacional de una Parte de los inversionistas contendientes. Un tribunal establecido conforme al Artículo 1120 no tendrá jurisdicción para resolver una reclamación, o parte de ella, respecto de la cual haya asumido jurisdicción un tribunal establecido conforme a este artículo. A solicitud de una parte contendiente, un tribunal establecido de conformidad con este artículo podrá, en espera de su decisión sobre la asunción de jurisdicción, disponer que los procedimientos de un tribunal establecido de acuerdo con el Artículo 1120 se aplacen, a menos que este último tribunal haya suspendido sus procedimientos. Cuando se haya establecido un tribunal conforme a este artículo, el inversionista contendiente que haya sometido una reclamación a arbitraje conforme a los artículos 1116 ó 1117 y no haya sido mencionado en la solicitud de acumulación, podrá solicitar por escrito al tribunal que se le incluya en los procedimientos.

De conformidad con el Artículo 1127 la parte contendiente entregará a las Partes notificación escrita de una reclamación que se haya sometido a arbitraje a más tardar 30 días después de la fecha de sometimiento y copias de todos los escritos presentados en el procedimiento. El Artículo 1128 asegura que, previa notificación escrita a las partes contendientes, una Parte podrá presentar comunicaciones a un tribunal sobre una cuestión de interpretación de este Tratado.

El Artículo 1129 establece que una Parte tendrá, a su costa, derecho a recibir de la Parte contendiente una copia de las pruebas ofrecidas al tribunal y de los argumentos escritos presentados por las partes contendientes. Una Parte que reciba esta información deberá respetar su confidencialidad como si fuera una parte contendiente.

Salvo que las partes contendientes acuerden otra cosa, un tribunal llevará a cabo el procedimiento arbitral en territorio de una Parte que sea parte de la Convención de Nueva York, el cual será elegido de conformidad con las reglas aplicables de arbitraje escogidas por las partes.

El Artículo 1131 estipula que un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional. La interpretación que formule la Comisión sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección. El Artículo 1132 establece que cuando una de las Partes alegue como defensa que una medida presuntamente violatoria cae en el ámbito de una excepción consignada en uno de los anexos al Capítulo once, el tribunal solicitará a la Comisión una interpretación de este asunto. La Comisión, en un plazo de 60 días a partir de la entrega de la solicitud, presentará por escrito al tribunal su interpretación, que será obligatoria para el tribunal. Si la Comisión no somete una interpretación dentro del plazo de 60 días, el tribunal decidirá sobre el asunto.

Cuando lo autoricen las reglas de arbitraje aplicables, el tribunal, a pedido de una parte contendiente, o por iniciativa propia a menos que las partes contendientes no lo acepten, podrá designar uno o más expertos para dictaminar por escrito cualquier cuestión de hecho relativa a asuntos ambientales, de salud, seguridad u otros asuntos científicos que haya planteado una parte contendiente en un procedimiento (Artículo 1133). Un tribunal podrá ordenar una medida provisional de protección para preservar los derechos de la parte contendiente o para asegurar que la jurisdicción del tribunal surta plenos efectos, incluso una orden para preservar las pruebas que estén en posesión o control de una Parte contendiente, u órdenes para proteger la jurisdicción del tribunal. Empero, un tribunal no podrá ordenar el embargo, ni la suspensión de la aplicación de la medida presuntamente violatoria a la que se refieren los artículos 1116 ó 1117. Acorde con la práctica de los tribunales en este campo, a los efectos de este párrafo una orden incluye una recomendación.

En su laudo definitivo, conforme al Artículo 1135, un tribunal podrá otorgar daños pecuniarios y los intereses correspondientes o la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que la Parte contendiente podrá pagar los daños pecuniarios, más los intereses que proceda, en lugar de la restitución. Un tribunal también podrá ordenar el pago de costas de acuerdo con las reglas de arbitraje aplicables. Cuando la reclamación se haga de conformidad con el Artículo 1117(1) el laudo dispondrá que éste se dicte sin perjuicio de cualquier derecho que cualquier persona tenga sobre la reparación conforme al derecho interno aplicable. Por último, un tribunal no podrá ordenar que una Parte pague daños que tengan carácter punitivo.

Conforme al Artículo 1136, el laudo dictado por un tribunal será obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto al caso concreto. Sujeto a los períodos de espera estipulados en este artículo y al procedimiento de revisión que las reglas de arbitraje fijan para los laudos provisionales, una parte contendiente acatará y cumplirá con el laudo sin demora. Una parte contendiente no podrá solicitar la ejecución de un laudo definitivo en tanto no se hayan completado los procedimientos de revisión judicial del laudo, de haberse iniciado éstos. En el caso de un laudo definitivo dictado conforme al Convenio del CIADI, el inversionista deberá aguardar 120 días después de la fecha en que se haya dictado el laudo o que hayan concluido los procedimientos de revisión o anulación. En los casos en que el laudo se haya dictado conforme a las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o a las Reglas de Arbitraje de CNUDMI, la parte contendiente deberá esperar hasta que hayan transcurrido tres meses desde la fecha en que se dictó el laudo, o que un tribunal haya desechado o admitido una solicitud de reconsideración o anulación del laudo y esta resolución no pueda recurrirse. Cada una de las Partes dispondrá la debida ejecución de un laudo en su territorio. Cuando una parte contendiente incumpla o no acate un laudo definitivo, el asunto podrá remitirse a la Comisión del TLCAN para que determine si la acción es contraria a las obligaciones del Tratado.

El Artículo 1137 contiene disposiciones generales atinentes a temas como el momento en que la reclamación se considera sometida al procedimiento arbitral. En el Canadá y en los Estados Unidos se procederá a la publicación de todos los laudos, mientras que en México la publicación se regirá por las reglas de arbitraje aplicables. Una Parte no podrá invocar el hecho de que una parte contendiente haya recibido una compensación por medio de cualquier póliza o programa de seguro.

Conforme al Artículo 1138, la resolución de una Parte que prohíba o restrinja la adquisición de una inversión en su territorio por un inversionista de otra Parte o su inversión, de acuerdo con el Artículo 2102 (seguridad nacional) no estará sujeta a las disposiciones sobre solución de controversias de la sección B o del Capítulo veinte. Las Partes han acordado que esta exclusión particular es «sin perjuicio de la aplicación o no aplicación de las disposiciones

de solución de controversias» del TLCAN o de otras medidas que tomen las Partes de conformidad con el Artículo 2102.

Conforme al Anexo 1138.2, las disposiciones de la Sección B o del Capítulo veinte relativas a solución de controversias, no se aplicarán a una decisión del Canadá que resulte de someter a revisión una inversión conforme a las disposiciones de la Investment Canada Act o a una decisión de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, de México, relativa a si debe permitirse una adquisición que esté sujeta a dicha revisión.»

- Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos de América:

El Tratado entró en vigencia el 1° de enero de 2004.

En cuanto a las inversiones, el Capítulo X del Tratado las regula en tres secciones, dedicada la primera a la inversión, la segunda a la solución de controversias entre el inversionista y el Estado y la tercera a las definiciones. Tiene además ocho anexos. Aun cuando los particulares de este Tratado serán analizados con mayor detalle al estudiar los aspectos específicos que se consideran más relevantes en la regulación de las inversiones, cabe señalar en este contexto que el Tratado otorga a los inversionistas y a las inversiones cubiertas, trato nacional en cuanto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones y, cuando se trate de gobiernos a nivel regional, un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese gobierno a nivel regional otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de inversionistas de la Parte de la que forma parte. Otorga asimismo el Tratado trato de nación más favorecida a los inversionistas y a las inversiones cubiertas y les reconoce un nivel mínimo de trato acorde con el derecho internacional, el cual incluye el trato justo y equitativo y la protección y seguridad plenas, en el entendido de que el primero incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso; y de que el segundo exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.

El Tratado prohíbe a las Partes imponer o hacer cumplir varios requisitos de desempeño que enumera y que incluyen, además de los previstos en el Acuerdo de TRIMS de la OMC, arriba comentados, la obligación de «...transferir a una persona en su territorio tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad» y la de «actuar como el proveedor exclusivo desde el territorio de la Parte de las mercancías que produce o servicios que suministre para un mercado regional específico o al mercado mundial».

Asimismo, se enumeran diversos requisitos de desempeño a cuyo cumplimiento no se podrá condicionar la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo la misma. Sin embargo, se permite condicionar la recepción de una ventaja o la continuación de su recepción, al cumplimiento de un requisito de que el inversionista ubique la producción, suministre servicios, capacite o emplee trabajadores, construya o amplíe instalaciones particulares o lleve a cabo investigación y desarrollo, en el territorio de la Parte que impone ese requisito.

Es de hacer notar que tanto la prohibición general a ciertos requisitos de desempeño como las restricciones a tales requisitos cuando condicionan la recepción o el mantenimiento de ventajas, se aplican tanto a los inversionistas de un país que sea Parte (Estados Unidos y Chile), como a los de países que no sean Partes, como lo serían los de la CAN.

Respecto de los altos ejecutivos, se prohíbe a las Partes que exijan que una de sus empresas designe a individuos de una nacionalidad en particular, para ocupar puestos de alta dirección.

El Tratado prevé que las disposiciones sobre trato nacional, trato de nación más favorecida, requisitos de desempeño y alta dirección no se apliquen a las medidas disconformes que se enumeran en la correspondiente Lista I de cada país Parte, a sus renovaciones o prórrogas ni a sus modificaciones, siempre que éstas no disminuyan la conformidad de la medida. Tampoco se aplican en relación a los sectores, subsectores y actividades que se enumeran en la Lista II de cada país Parte. Las disposiciones sobre trato nacional, trato de nación más favorecida y alta dirección no se aplican en relación a la contratación pública, ni a los subsidios o donaciones otorgados por una Parte, incluyendo los préstamos, las garantías y los seguros apoyados por el gobierno.

El Tratado obliga a permitir todas las transferencias relacionadas con inversiones cubiertas, las cuales deberán poder hacerse libremente y sin demora desde y hacia su territorio. Esas transferencias se harán en moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia, aunque podrán autorizarse las transferencias de ganancias en especie, según se autorice o especifique en los acuerdos entre el inversionista y la Parte de que se trate.

En cuanto a las expropiaciones y nacionalizaciones, se prevé que las mismas sólo ocurrirán, directa o indirectamente, por causa de interés público, de manera no discriminatoria, mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización y con apego al debido proceso. Cabe destacar que el Anexo 10-D de este Capítulo regula las expropiaciones en términos según los cuales ese concepto en el Tratado abarca tanto la expropiación directa (La inversión es nacionalizada o expropiada mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio), y la indirecta, en la que no hay esa transferencia formal del título o del derecho de dominio. Respecto de esta última, se establece que la determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye o no una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso a caso, que considere entre otros factores el impacto económico del acto gubernamental, la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión, y el carácter de la acción gubernamental. Se prevé asimismo que, salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.

Debe asimismo destacarse, por su novedad en el campo de los acuerdos sobre inversiones y por sus posibles efectos sobre las inversiones de inversionistas de los Países Miembros de la CAN, lo previsto en cuanto a la denegación de beneficios. Allí se prevé que «Una Parte podrá denegar los beneficios de este Capítulo a un inversionista de la otra Parte que sea una empresa de esa Parte y a las inversiones de dicho inversionista, si dicha empresa es propiedad de o está controlada por inversionistas de un país que no es Parte, y la Parte que deniegue los beneficios: (a) no mantiene relaciones diplomáticas con el país que no es Parte; o (b) adopta o mantiene medidas en relación con el país que no es Parte o con un inversionista de un país que no sea Parte, que prohíben transacciones con esa empresa o que serían violadas o eludidas si los beneficios de este Capítulo se otorgan a esa empresa o a sus inversiones.»

En lo que respecta a la solución de controversias entre el inversionista y el Estado, se prevé que luego de un proceso de consultas y negociación, el inversionista puede someter a

arbitraje la reclamación. Ese arbitraje se desarrollará conforme a las reglas del Convenio del CIADI, subsidiariamente a las del Mecanismo Complementario del CIADI, a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o a las de cualquier otra institución de arbitraje que las partes contendientes acuerden. No podrá someterse a arbitraje una reclamación si han transcurrido más de tres años desde que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada, y se debe renunciar a los demás procedimientos de solución de controversia, incluso judiciales, que pudieren ser aplicables. Se podrá solicitar la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, y que no impliquen el pago de daños monetarios ante un tribunal judicial o administrativo del demandado, y siempre que la actuación se interponga con el único fin de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa durante el período de espera del arbitraje.

Prevé el Tratado que cuando se dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado, el Tribunal arbitral podrá otorgar, por separado o en combinación, únicamente: (a) daños pecuniarios y los intereses que procedan; o (b) restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan en lugar de la restitución.

- Tratado de Libre Comercio entre los países de Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos de América:

Este Tratado ya fue firmado pero aún se encuentra en trámite de aprobación legislativa. Aun cuando no está en vigencia, lo consideramos un elemento importante para el análisis del impacto de las negociaciones que se llevan a cabo actualmente sobre el tema de inversiones, ya que refleja, por su similitud en ese tema con las disposiciones del Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos, arriba reseñado, una posición firme de los Estados Unidos – Parte de ambos tratados – a favor de las posiciones allí mantenidas.

f) Las actuales negociaciones de los Países Miembros de la CAN sobre inversiones:

Los Países Miembros de la CAN participan actualmente en varias negociaciones sobre inversiones, siendo las más importantes a los efectos de este estudio las que se llevan a cabo entre todos los países del Hemisferio Occidental (Excepto Cuba), con miras a la creación de un Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y las negociaciones que llevan a cabo, por una parte, los Estados Unidos de América y, por la otra, Colombia, Ecuador y Perú, con Bolivia como observadora, para crear una zona de libre comercio entre esos países. Respecto de las negociaciones sobre inversiones en el marco de la Ronda de Doha, ya hemos indicado que en la reunión celebrada en Cancún se acordó no continuar las negociaciones sobre inversiones.

En cuanto al ALCA, en la Reunión Ministerial celebrada en Miami en 2003 se presentó un Proyecto de Acuerdo, cuyo capítulo sobre inversión emplearemos como elemento de comparación en este informe. Hacemos notar, sin embargo, que ese Proyecto cuenta con numerosos textos entre corchetes, que indican las distintas posiciones de los países participantes respecto de los cuales no se ha logrado consenso.

Por lo que respecta a las negociaciones para un Tratado de Libre Comercio (TLC) entre varios Países Miembros de la CAN y los Estados Unidos, no está disponible ningún texto sobre inversiones. Sin embargo, existen indicios significativos de que el texto propuesto por los Estados Unidos es similar, en lo sustancial, al contenido en el TLC con Chile – cuyas disposiciones se repiten sustancialmente en el TLC con Centroamérica y la República Dominicana, aún no en vigor- ya analizados.

III. LOS PRINCIPALES TEMAS DE LAS NEGOCIACIONES SOBRE INVERSIONES / ANÁLISIS DEL IMPACTO DE LAS NEGOCIACIONES SOBRE INVERSIONES, RESPECTO DE CADA UNO DE TALES TEMAS:

Corresponde analizar los asuntos que en las negociaciones sobre inversiones, tanto en el plano multilateral como en el bilateral, y en acuerdos de integración económica o en ámbitos limitados a la promoción y protección de inversiones, han sido identificados como los más controversiales y los que constituyen la esencia de ese tipo de acuerdos.

El propósito de esta sección del Informe será determinar las semejanzas y diferencias entre las disposiciones contenidas en las normas de la CAN, y en las de sus Países Miembros que antes se han referido, por una parte, y las del Proyecto de Acuerdo del ALCA y el Capítulo sobre Inversión en el TLC entre los Estados Unidos de América y Chile. Hemos decidido analizar este último, en vez del TLC con Centroamérica y la República Dominicana, por cuanto ese TLC cumplió el procedimiento constitucional de los países Parte del mismo, fue debidamente aprobado por los órganos legislativos de dichos países y, por tanto, representa la más reciente manifestación de voluntad de los Estados que lo suscribieron, en circunstancias en que uno de tales Estados (Estados Unidos de América) es uno de los principales participantes en las negociaciones del ALCA y es el país con el que varios miembros de la CAN negocian actualmente un TLC.

En esta sección del Informe se determinará asimismo el impacto de las propuestas contenidas en el Proyecto de Acuerdo del ALCA, y de lo establecido en el Capítulo sobre Inversión en el TLC entre los Estados Unidos de América y Chile, sobre la normativa de la CAN y la de sus Países Miembros, en el supuesto de que disposiciones similares a esas fueran incluidas en el texto del Acuerdo que cree el ALCA o en el de un TLC entre los Estados Unidos de América, por una parte, y varios países miembros de la CAN, por la otra.

1. CONCEPTO DE INVERSIÓN:

El estudio de los diversos instrumentos jurídicos contenidos en el ordenamiento jurídico de los Países Miembros de la CAN, que hemos anteriormente reseñado, nos lleva a constatar que existen importantes diferencias entre el concepto de inversión empleado en ellos y el contenido en la normativa andina.

En efecto, como se ha indicado, la Decisión 291 acoge un concepto de inversión extranjera limitado a la inversión extranjera directa, esto es, el aporte al capital social de una empresa ubicada en un País Miembro, representado básicamente en divisas, en ciertos bienes físicos o tangibles o, según lo prevean las legislaciones nacionales, en aportes tecnológicos intangibles. Sin embargo, en los ordenamientos jurídicos de todos esos países existen disposiciones que le dan al concepto de inversión un sentido más amplio, pues bajo el mismo abarcan una serie de bienes, contratos y derechos que no se aportan al capital de una empresa. Así, en esos países se parte de un concepto general de «inversión» muy amplio, en el que este concepto abarca «...todo tipo de activo...» o «...todo tipo de inversión...», si bien en muchas oportunidades se califica este concepto al indicar de inmediato «...de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realiza la inversión...», o «...definido de acuerdo con las leyes y

reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión...». En otras oportunidades, como por ejemplo, en los Acuerdos entre Colombia y Perú, o entre Estados Unidos y Bolivia, no hay mención expresa a que las leyes y reglamentaciones del país que acoge la inversión, sean aplicables para acotar el concepto de inversión.

Luego de esa aceptación general de que la inversión abarca a todo tipo de activo o a todo tipo de inversión, acotado o no expresamente por las leyes y reglamentaciones nacionales del país receptor de esa inversión, se incluye usualmente en los APPIs de los Países Miembros, la exigencia de que se trate de activos «invertidos» por inversionistas de una parte en la otra, o de que se relacionen esos activos con una «inversión». Seguidamente se desglosan los activos en listas enunciativas, que comprenden:

- La propiedad de bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales¹⁸;
- Las acciones o cualquier otro tipo de derechos de participación en sociedades;
- Los derechos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor económico¹⁹;
- Los derechos de propiedad intelectual²⁰;
- Las concesiones otorgadas por ley o por un contrato²¹

En algunas ocasiones se enumeran al desglosar el concepto de «todo tipo de activo» algunos asuntos que no se especifican en otros acuerdos. Por ejemplo, en el APPI entre Bolivia y los Estados Unidos se menciona expresamente como inversión a «...los bonos, las obligaciones y otras formas de intereses sobre las deudas de una sociedad», y en el APPI entre Ecuador y Canadá se hace referencia a los «...valores bursátiles, bonos, empréstitos en obligaciones...», y al «...crédito mercantil...».

En las normativas internas de los Países Miembros sobre inversiones se observan los mismos elementos de amplitud, de vinculación con una actividad tendente a producir renta y de desglose en los distintos activos y derechos que se han indicado. En esas normas se regulan los derechos de los inversionistas, nacionales o extranjeros, mientras que en los APPIs se regulan, en forma recíproca, los derechos de los inversionistas de cada parte de dichos acuerdos, en la otra.

Lo cierto es que puede concluirse que los Países Miembros han adoptado un concepto de inversión amplio, que parte de que «inversión» es «todo tipo de activo» propiedad de un inversionista, o sobre el cual éste ejerza control, que sea invertido en ese país según su ordenamiento jurídico, y que abarca la propiedad de bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales, las acciones y todo otro tipo de participación en sociedades, los derechos de crédito y los derechos a prestaciones que tengan un valor económico, los derechos de propiedad intelectual y las concesiones otorgadas por ley o por un contrato.

Ahora bien, en el Proyecto de acuerdo del ALCA encontramos nueve definiciones distintas del término «inversión», lo que obliga a identificar a los elementos comunes en las mismas,

¹⁸ Las menciones a «otros derechos reales» usualmente presentan algunos ejemplos, los cuales incluyen, dependiendo de los distintos acuerdos, las hipotecas, prendas mobiliarias e inmobiliarias, cauciones y servidumbres.

¹⁹ En varios acuerdos de promoción y protección de inversiones se incluyen disposiciones sobre los préstamos, usualmente exigiendo que los mismos estén «...directamente vinculados a una inversión específica...», o que estén «...regularmente contraidos y documentados según las disposiciones vigentes en el país donde esa inversión sea realizada y directamente vinculados a una inversión específica».

²⁰ Generalmente se incluyen ejemplos de estos derechos, que incluyen a las patentes, las marcas, los nombres comerciales, los diseños industriales, los derechos de autor, las denominaciones de origen, etc. Se incluyen en este rubro asuntos tales como la transferencia de conocimientos (Know How) y los llamados derechos de llave (good will).

²¹ En oportunidades se agregan a las concesiones «las licencias y permisos conferidos de acuerdo a la ley», o se hace explícito el que las concesiones abarcan a las otorgadas para la prospección, cultivo, extracción y explotación de recursos naturales.

para contar con un factor que pueda ser comparado con el concepto de inversión identificado en los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros.

La primera constatación que podemos hacer a este respecto es que todas las definiciones de inversión propuestas en el ALCA plantean un concepto amplio de inversión, por lo que no pareciera existir una diferencia sustancial en la concepción de inversión propuesta en el ALCA y la ya aceptada por los Países Miembros. En efecto, en el ALCA se plantea que «inversión» signifique:

- Toda clase de bienes o derechos de cualquier naturaleza, adquiridos con recursos transferidos al territorio de una Parte o reinvertidos en ésta por parte de inversionistas de otra Parte;
- Todo activo que un inversionista posea o controle directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluidas características tales como el compromiso de capital u otros recursos, la intención de obtener ganancias o beneficios económicos o la toma de un riesgo;
- Los activos adquiridos con recursos transferidos al territorio de una Parte, o reinvertidos en éste por los inversionistas de otra Parte con la intención de obtener beneficios económicos;
- Cualquier tipo de activo que es propiedad, en grado sustancial o considerable, de un inversionista de una Parte en el territorio de otra Parte o que se encuentra bajo su control efectivo de conformidad con las leyes de ésta;
- Toda clase de bienes o derechos relacionados con la misma, siempre que se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte en cuyo territorio se realizó;
- Todo tipo de activo invertido directa o indirectamente por inversionistas de una de las Partes en el territorio de otra Parte de acuerdo con las leyes y reglamentación de esta última;
- Toda clase de bienes o derechos de cualquier naturaleza, que no sean créditos extranjeros, adquiridos o utilizados con el propósito de: a) establecer una empresa de otra Parte o para incrementar el capital de una empresa existente de otra Parte, con el propósito de producir un flujo adicional de bienes o servicios, excluyendo flujos meramente financieros; o b) participar en la propiedad de una empresa de otra Parte y para participar en su administración, excluyendo las inversiones de carácter meramente financiero y que estén destinadas sólo para ganar el acceso indirecto al mercado financiero de otra Parte;
- Los activos adquiridos o utilizados por un inversionista de una Parte, con el propósito de establecer una relación económica duradera en territorio de otra Parte.

El análisis de estas disposiciones propuestas nos permite identificar como elementos comunes en las mismas:

- a) Su amplitud, en el sentido de que en todas ellas el término «inversión» abarca a todos los bienes o derechos (activos, en su acepción contable), con excepción de una propuesta que excluye a los créditos extranjeros;
- b) La propiedad o control de esos bienes o derechos por parte de un inversionista de una Parte distinta a aquella donde se hace la inversión;
- c) La transferencia de esos bienes al territorio de otra Parte, o su reinversión en ese territorio;
- d) La intención del inversionista de obtener beneficios económicos.

Varias de las definiciones propuestas enfatizan que la «inversión» debe ser hecha de acuerdo con las leyes y reglamentaciones de la Parte donde la misma tiene lugar, y una de las definiciones menciona la «toma de un riesgo».

Al comparar estos elementos comunes identificados en las propuestas del ALCA con las notas características del concepto de inversión empleado por los Países Miembros de la CAN, notamos que hay concordancia entre unos y otras, ya que en ambos escenarios se adopta un concepto de inversión omnicompreensivo de todos los bienes y derechos que un inversionista, en ejercicio de sus derechos de propiedad o de control sobre esos bienes y derechos, decida transferir al territorio de otro país, o reinvertir en ese territorio, con la finalidad de obtener beneficios económicos.

Concluimos por tanto que, en cuanto a la definición general de «inversión» hay marcadas similitudes entre el concepto acogido por los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros y el concepto que, en general, inspira las diferentes propuestas de definición contenidas en el Proyecto de Acuerdo del ALCA.

Al hacer un ejercicio similar con el TLC entre los Estados Unidos y Chile, que estimamos puede servir de guía respecto de las propuestas que se manejen en las negociaciones tendentes a establecer un Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y varios países andinos, encontramos lo siguiente:

En ese Tratado se define a la inversión así:

«inversión: significa 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 presunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- (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;
- (d) Futuros, opciones y otros derivados;
- (e) Derechos contractuales, incluidos contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos;
- (f) Derechos de propiedad intelectual;
- (g) Derechos otorgados de conformidad con la legislación interna, tales como concesiones, licencias, autorizaciones, permisos; y

- (h) Otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda;

pero inversión no significa una orden ingresada en un proceso judicial o administrativo».

El primer punto que cabe resaltar al analizar esta definición es que la misma es más bien indicativa de lo que es una inversión, en el sentido de que señala características de ésta que quedan abiertas a la interpretación y, por tanto, aparentemente corresponderá a los Tribunales Arbitrales que se pronuncien en los casos que se les sometan a su jurisdicción, decidir respecto de si en esos casos concretos se está o no en presencia de una «inversión» cubierta por ese Acuerdo. En particular, notamos que la exigencia de que el activo «tenga las características de una inversión» resulta especialmente vago e indeterminado, puesto que, por una parte, incluye lo definido en la definición y, por la otra, sólo ofrece un enunciado de ciertas características que entendemos deberían estar presentes en toda inversión (compromiso de capitales u otros recursos, expectativa de obtener ganancias o utilidades, presunción de riesgo), pero a las que se podrían añadir otras características.

Se observa, sin embargo, que claramente el TLC entre Chile y los Estados Unidos adopta un concepto amplio de inversión, en el que ésta es «todo activo». Se exige que ese activo sea «propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente» y que tenga las «características de una inversión», con las particularidades respecto de este último concepto, a que hemos hecho referencia.

Al comparar este concepto con las notas características del concepto de inversión contenido en los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros, notamos que hay nuevamente marcadas similitudes entre tales características y el concepto analizado. En efecto, aun cuando el concepto de inversión contenido en el TLC entre Chile y los Estados Unidos está redactado en los términos generales que se han indicado, lo cierto es que en él se encuentran los elementos fundamentales del concepto tal como es empleado por los Países Andinos. Así, se parte en ambos casos del mismo concepto amplio de inversión como «todo tipo de activo», está presente la exigencia de que sea propiedad o esté controlado por un inversionista y que efectivamente se le invierta.

En el TLC Chile – Estados Unidos se introducen la exigencia, a este último respecto, de que cumpla con las características de una inversión que allí se indican, pero, al menos en cuanto a las características mínimas que se explicitan (compromiso de capitales u otros recursos, expectativa de obtener ganancias o utilidades y presunción de riesgo), estimamos que las mismas no son ajenas a la concepción de una inversión tal como ésta es consagrada por la normativa de los países andinos.

En conclusión, notamos marcadas similitudes entre el concepto general de inversión empleado en el TLC Chile – Estados Unidos y el concepto general de inversión acogido por los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros de la CAN.

Corresponde analizar lo relativo a las formas específicas en que, según las definiciones estudiadas, puede realizarse una inversión. Como se ha indicado anteriormente, en los ordenamientos jurídicos andinos se considera como inversión a la propiedad de bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales, a las acciones o cualquier otro tipo de derechos de participación en sociedades, a los títulos de crédito y a los derechos a prestaciones que

tengan un valor económico, a los derechos de propiedad intelectual y a las concesiones otorgadas por ley o por un contrato.

En el Proyecto de Acuerdo del ALCA se hacen las siguientes enumeraciones:

a) Propuesta 1:

- a) Una empresa;
- b) Acciones de una empresa [incluyen acciones con o sin derecho a voto];
- c) Instrumentos de deuda de una empresa [incluyen bonos o instrumentos de deuda convertibles, opciones sobre acciones y certificados de opción de acciones («warrants»);]:
 - I) Cuando la empresa es una filial del inversionista, o
 - II) Cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres (3) años,

pero no incluye un instrumento de deuda de una empresa del Estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;

- d) Un préstamo a una empresa:
 - I) Cuando la empresa es una filial del inversionista, o
 - II) Cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres (3) años,
- e) Una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;
- f) Una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de un instrumento de deuda o un préstamo excluidos conforme a los incisos c) o d) supra;
- g) Bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y
- h) La participación que resulte del capital u otros recursos destinados o comprometidos para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre ellos, conforme a:
 - I) Contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o
 - II) Contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa;

pero inversión no significa:

- i) Un instrumento de deuda del Estado;
- j) Reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:
 - I) Contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte, o
 - II) El otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso d) supra; ni
- k) Cualquier otra reclamación pecuniaria que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos a) a h) supra;]

b) Propuesta 2:

- a) Acciones y [cualquier] otra forma de participación en el capital social de las sociedades constituidas u organizadas de conformidad con la legislación de otra Parte;
- b) Derechos derivados [de todo tipo] de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico (u obligaciones, créditos y derechos [de cualquier prestación] [a prestaciones] que tengan valor económico);
- c) Bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales tales como hipotecas, derechos de prenda, usufructo [y derechos similares];
- d) Derechos en el ámbito de la propiedad intelectual; y,
- e) Derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por la legislación o en virtud de un contrato;

[pero no incluye:

- a) Una obligación de pago de, ni el otorgamiento de un crédito a, el Estado o una empresa del Estado; ni,
- b) Reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:
 - I) Contratos comerciales para la venta de bienes y servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a un nacional o a una empresa en territorio de otra Parte, o,
 - II) El otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, cuya fecha de vencimiento sea menor a tres (3) años, como el financiamiento al comercio;]»

c) Propuesta 3:

- a) Una empresa;
- b) Acciones, valores y otras formas de participación en capital de una sociedad;
- c) Bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos; 2
- d) Futuros, opciones y otros derivados;
- e) Contratos llave en mano, de construcción, de gerencia, de producción, de concesión, de participación en los ingresos u otros contratos parecidos;
- f) Derechos de propiedad intelectual;
- g) Licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de acuerdo con la legislación nacional aplicable, 3 4, y
- h) Otras propiedades tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relativos, como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías colaterales;]»

d) Propuesta 4:

- a) Acciones y cualquier otro modo de participación en el capital de una sociedad y cualquiera otra forma asociativa de riesgo compartido que exista de conformidad con la legislación de la parte receptora de la inversión;
- b) Los aportes suplementarios al capital asignado de sucursales por parte de la matriz;
- c) Los bienes muebles e inmuebles, derechos de propiedad y demás derechos reales tales como hipotecas, prendas, usufructos y servidumbres;

- d) Los derechos de propiedad intelectual tales como derechos de autor y derechos conexos, patentes, marcas, nombres comerciales, denominaciones de origen, indicaciones geográficas, diseños industriales, modelos de utilidad, esquemas de trazado de los circuitos integrados (topografías), secretos empresariales y los derechos de obtentores de variedades vegetales;
- e) Las licencias, permisos y demás derechos obtenidos conforme al derecho público, incluidas las concesiones otorgadas por ley, acto administrativo o contrato para el ejercicio de una actividad económica, tales como la exploración y explotación de recursos naturales o la construcción, conservación y mantenimiento de obras;
- f) Las reinversiones de utilidades, entendiéndose éstas como la inversión de las mismas en la propia empresa que las genera;
- g) Las inversiones con recursos en moneda nacional con derecho a ser transferidos al exterior;

La presente definición no comprende:

- a) Los activos que no se vinculen directamente con una actividad productiva; y,
- b) Los préstamos y otras operaciones que impliquen endeudamiento, así como los flujos relacionados estrictamente con una transacción comercial;»

e) Propuesta 5:

«entre otras cosas: bienes muebles e inmuebles, así como cualquier otro derecho de propiedad como hipotecas; gravámenes y derechos de prenda; participaciones en compañías; buen nombre; acreencias y demandas por ejecución; derechos de propiedad intelectual; concesiones y otros derechos similares;

El término «inversión» no abarca ni significa bienes raíces u otra propiedad, tangible o intangible, no adquirida con la intención de obtener un beneficio económico o no utilizada para tal fin u otro propósito comercial. Igualmente, el término tampoco comprende o implica acciones (inversiones en cartera) de sociedades en una Parte adquiridas con fines especulativos y retenidas durante corto plazo por nacionales de la otra Parte;]

f) Propuesta 6:

- a) Bienes muebles e inmuebles, el derecho de propiedad sobre éstos, así como todos los demás derechos reales, tales como servidumbres, hipotecas, usufructos y prendas;
- b) Acciones, cuotas sociales y cualquier otro tipo de participación económica en sociedades;
- c) Derechos de crédito o cualquier otra prestación que tenga valor económico;
- d) Derechos de propiedad intelectual, incluidos derechos de autor, derechos de propiedad industrial, tales como patentes, procesos técnicos, marcas de fábrica o marcas comerciales, nombres comerciales, diseños industriales, know-how, razón social y derecho de llave;
- e) Concesiones otorgadas por la ley, por un acto administrativo o en virtud de un contrato, incluidas concesiones para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales;

Cualquier modificación relativa a la forma en que se reinviertan los activos no afectará su carácter de inversión, siempre que dicha modificación se efectúe de conformidad con la legislación de la Parte en cuyo territorio se hubiere efectuado la inversión;

No se entenderán por inversión los instrumentos de deuda pública externa;]»

g) Propuesta 7:

- a) La propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como los demás derechos reales tales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda;
- b) Acciones, cuotas societarias y cualquier otro tipo de participación en sociedades;
- c) Títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor económico, los préstamos estarán incluidos solamente cuando estén directamente vinculados a una inversión específica;
- d) Derechos de propiedad intelectual o inmaterial incluyendo, en especial, derechos de autor, patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, know-how y fondo de comercio;
- e) Concesiones económicas de derecho público conferidas por ley o por contrato, incluyendo las concesiones para la búsqueda, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales;»

h) Propuesta 8:

- a) La creación o la adquisición de la propiedad total de una empresa;
- b) La participación en la propiedad de una empresa que otorgue un grado significativo de influencia del inversionista en la dirección de la empresa;
- c) La adquisición de instrumentos de deuda de una empresa:
 - I) Cuando la empresa es una empresa propiedad del inversionista,
 - II) Cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de cinco (5) años,

pero no incluye un instrumento de deuda de una Parte o de una empresa del Estado, independientemente de la fecha original de vencimiento;

- d) El otorgamiento de préstamos a una empresa:
 - I) Cuando la empresa es una empresa propiedad del inversionista,
 - II) Cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de cinco (5) años,

pero no incluye un préstamo a una Parte o una empresa del Estado, independientemente de la fecha original de vencimiento;

- e) La adquisición o utilización de bienes muebles o inmuebles tangibles o intangibles, destinados exclusivamente para obtener un beneficio económico derivado de actividades empresariales;

pero inversión no significa:

- f) Los flujos meramente financieros, tales como aquéllos destinados sólo para ganar acceso indirecto al mercado financiero de otra Parte;
- g) Las reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:
 - I) Contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte, o
 - II) El otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial como el financiamiento al comercio, salvo por préstamo cubierto por las disposiciones del inciso d) supra; ni
- h) Cualquier otra reclamación pecuniaria que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos a) al e) supra;]».

El estudio de estas precisiones que las distintas propuestas hacen al concepto general de inversión muestra amplio consenso en cuanto a que ésta puede adoptar la forma de una empresa; de las acciones de una empresa; de otras formas de participación en el capital de una sociedad o de otros tipos de asociaciones permitidas por la legislación del país receptor de la inversión; de bienes muebles y otros derechos reales; de derechos en el ámbito de la propiedad intelectual y de derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por la legislación o en virtud de un contrato, tales como las concesiones. Hay asimismo, aunque con diferentes redacciones, consenso en que se consideran inversiones los derechos de crédito y otras prestaciones con valor económico (denominadas en algunas propuestas como «obligaciones, créditos o derechos que tengan valor económico, o como «derechos derivados de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico»). Los instrumentos de deuda de una empresa podrían ser englobados en los «derechos de crédito y otras prestaciones con valor económico».

Son notables las coincidencias entre los tipos específicos de inversión en los que coinciden las diversas propuestas presentadas en el ALCA y los tipos de inversión que se pueden identificar de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros de la CAN. En efecto, en ambos se enumeran a la propiedad de bienes muebles e inmuebles y a otros derechos reales, a las acciones y otros tipos de participación en sociedades, a los títulos de crédito y a los derechos a prestaciones que tengan un valor económico, a los derechos de propiedad intelectual y a las concesiones otorgadas por ley o por un contrato.

Ahora bien, más allá de estas coincidencias, debemos señalar que se detectan entre esas propuestas las diferencias que se refieren a continuación, que son relevantes a los fines de determinar si los países andinos han excluido alguna modalidad de contratos de la consideración como inversión y, por consiguiente, si esa posición debería ser reflejada en las negociaciones sobre inversiones:

- En cuanto al tratamiento a ciertos contratos (de construcción, contratos llave en mano y contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa; contratos de gerencia y contratos parecidos a éstos), notamos que sólo se les explicita como inversión en dos de las propuestas. Consideramos que estos contratos pueden ser caracterizados como «prestaciones que tengan valor económico» en la terminología empleada en el ordenamiento jurídico de la CAN.
- Respecto de los créditos, puesto que si bien estos últimos son considerados, en general, como «derechos de crédito y otras prestaciones con valor económico», se plantean en algunas de las propuestas de redacción del ALCA, límites en cuanto a si se deben considerar como inversiones a los créditos concedidos en relación con una transacción comercial, como el financiamiento del comercio. Así, en una propuesta no se considera a los créditos como inversión, excepto cuando se trate de un préstamo a una empresa y en otra se deniega la clasificación como inversión a los créditos cuya fecha de vencimiento sea menor a tres (3) años, como el financiamiento al comercio. Otra definición excluye del ámbito del concepto de inversión a los «...préstamos y otras operaciones que impliquen endeudamiento, así como los flujos relacionados estrictamente con una transacción comercial». Otra propuesta incluye a los préstamos sólo cuando «estén directamente vinculados a una inversión específica».

Hacemos notar que la revisión de los APPIs suscritos por los Países Miembros de la CAN nos muestra que sólo Ecuador y Colombia han establecido en forma reiterada que «...los préstamos estarán incluidos solamente cuando estén regularmente contraídos y documentados según las disposiciones vigentes en el país donde esa inversión sea realizada,

y directamente vinculados a una inversión específica»²². Si bien otros países andinos han incluido en algunos de sus APPIs disposiciones que limitan la consideración como inversiones de ciertos créditos²³, en la mayor parte de sus Acuerdos de este tipo, especialmente en los suscritos con países desarrollados, no hay una limitación similar respecto de los créditos, ni de los préstamos. De manera similar, aun cuando Venezuela es también signatario de ese Tratado, en su Ley de Promoción y Protección de Inversiones no incluye ninguna limitación respecto de esta materia. Ante esto, no es posible identificar una posición común andina sobre el tema de los créditos o préstamos como inversión, más allá de que, en general, se les ha considerado como incluidos en el rubro «derechos de crédito y otras prestaciones con valor económico», y que en la mayoría de los APPIs suscritos por esos países no se les limita en su catalogación como inversiones.

- Por lo que hace a las acciones (inversiones en cartera) de sociedades en una Parte adquiridas con fines especulativos y retenidas durante corto plazo por nacionales de otra Parte, una propuesta excluye a las «inversiones de carácter meramente financiero y que estén destinadas sólo para ganar el acceso indirecto al mercado financiero de otra Parte». Otra propuesta, con una redacción aún mas amplia, plantea que no se consideren como inversión a «...los flujos meramente financieros, tales como aquéllos destinados sólo para ganar acceso indirecto al mercado financiero de otra Parte».

Notamos a este respecto, del análisis de las normas contenidas en los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros de la CAN, que no hay en ellos disposiciones que impidan que se clasifiquen como inversiones a las inversiones en cartera, usualmente efectuadas a través de las bolsas de valores. Por el contrario, en diversas normas internas y APPIs se hace referencia expresa a que las inversiones en títulos son consideradas de manera similar a cualquier otra inversión. Así por ejemplo, en el Decreto Legislativo 662 del Perú se considera como inversiones a las «inversiones destinadas a la adquisición de títulos, documentos y papeles financieros cotizados en bolsa de valores o certificados de depósito bancario en moneda nacional o extranjera»; en el APPI entre Colombia y Perú se incluye en la definición de inversión a los «Valores, títulos y papeles financieros y cualquier otra obligación de carácter contractual que tenga un valor económico», mientras que en el Acuerdo de este tipo entre Perú y Bolivia se emplea una fórmula más amplia, pero que entendemos abarca las operaciones bursátiles que se comentan, al clasificar como inversión a los «Derechos a fondos empleados para crear un valor económico o a prestaciones bajo contrato que tengan un valor económico». En el APPI entre Ecuador y Canadá se hace mención expresa de que son inversiones las «acciones, valores bursátiles, bonos, empréstitos en obligaciones o cualquier otra forma de participación en una compañía, empresa comercial o industrial o empresa mixta», mientras que en el APPI entre Chile y Perú se cataloga como inversión a los «créditos, valores, derechos sobre dineros y cualquier otra prestación que tenga valor económico».

Por consiguiente, pareciera que los Países Miembros de la CAN no han impuesto limitaciones a la consideración como inversión de las referidas operaciones de adquisición de acciones, valores u otros títulos semejantes y, por el contrario, en algunas oportunidades las han incluido expresamente en el elenco de formas de inversión que establecen en sus

²² Así se establece en, por ejemplo, los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones de Ecuador con Bolivia, Argentina, Honduras, República Dominicana y Venezuela. Por el contrario, en los Acuerdos de este tipo de Ecuador con Chile y con El Salvador, se extiende este concepto a los «créditos» y no solamente a los «préstamos». Hacemos notar asimismo que en los Acuerdos de Bolivia y el Perú con Argentina hay una mención similar a la anotada respecto de los Acuerdos de Ecuador, referida a los «préstamos».

²³ Por ejemplo, en el Tratado del G-3, se excluyeron de la definición de inversión a «...las operaciones de crédito o endeudamiento, entre ellas: a) una obligación de pago del Estado o de una empresa del Estado, ni el otorgamiento de un crédito al Estado o a una empresa del Estado; b) derechos pecuniarios derivados exclusivamente de: i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte; o ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio». (Tratado del G-3 – artículo 17-01). Una disposición similar se encuentra en el Tratado de Libre Comercio entre México y Bolivia (Artículo 15-01).

normas internas o en sus APPIs.²⁴ Por consiguiente, pareciera que las fórmulas propuestas en el ALCA, en que se excluyen del concepto de inversión a este tipo de operaciones serían contrarias a los lineamientos seguidos hasta el momento por los Países Miembros sobre esta materia.

Por lo que respecta al TLC entre Chile y los Estados Unidos, notamos un cambio significativo respecto de las formas que puede revestir una inversión. En efecto, se mantiene la enumeración de éstas, que abarca a una empresa; a las acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa; a los bonos, obligaciones y otros instrumentos de deuda y préstamos; a los futuros, opciones y otros derivados; a los derechos contractuales, incluidos contratos llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos; a los derechos de propiedad intelectual; a los derechos otorgados de conformidad con la legislación interna, tales como concesiones, licencias, autorizaciones, permisos y a otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados. Pero al propio tiempo se incluyen notas a pie de página, aclaratorias del sentido de algunas de esas modalidades, en que se da a entender que, en definitiva, la determinación de si en un caso concreto se está o no en presencia de una inversión corresponderá a los órganos que deban conocer de alguna controversia al respecto. Así, en la nota correspondiente a los «bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos», se expresa que «Es más probable que algunas formas de deuda, tales como los 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 las reclamaciones de pago con vencimiento inmediato que son resultado de la venta de mercancías y servicios, tengan estas características». De manera similar, en la nota relativa a los «derechos otorgados de conformidad con la legislación interna, tales como concesiones, licencias, autorizaciones y permisos», se expresa que «El hecho de que un derecho particular conferido de acuerdo con la legislación interna (...) tenga las características de una inversión depende de factores tales como la naturaleza y el alcance de los derechos del tenedor de conformidad con la legislación interna de la Parte».

Al comparar las diversas modalidades de inversión enunciadas en el TLC entre Chile y los Estados Unidos, con las modalidades que se pueden identificar en los ordenamientos jurídicos andinos, se evidencia una coincidencia expresa en cuanto a las acciones y otras formas de participación en el capital de una empresa; a los derechos de propiedad intelectual; a los derechos otorgados de conformidad con la legislación interna y a los derechos de propiedad sobre bienes muebles o inmuebles y los relacionados con éstos, al menos en cuanto a derechos reales.

Adicionalmente, como se ha indicado antes, consideramos que los bonos, las obligaciones, los otros instrumentos de deuda y los préstamos, futuros, opciones y otros derivados, así como los derechos contractuales mencionados en el TLC entre Chile y los Estados Unidos, se clasifican en la fórmula general que contienen los ordenamientos andinos, relativa a los «derechos de crédito o cualquier otra prestación que tenga valor económico».

En consecuencia, en nuestra opinión existen marcadas semejanzas entre las formas de inversión enumeradas en el TLC entre Estados Unidos y Chile y las que se pueden identificar del estudio de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros de la CAN.

Nuestras conclusiones sobre el tema de la definición de inversión son las siguientes:

²⁴ Hacemos notar sin embargo que en los Acuerdos de este tipo suscritos por Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela con Chile, se incluyen disposiciones según las cuales las partes retienen el derecho de permitir las repatriaciones de capital en los plazos establecidos en sus respectivas legislaciones, plazo éste que no será mayor de un año desde que se realice la inversión. De esa forma se preserva en esos Acuerdos la normativa chilena que intenta atender al problema de las inversiones financieras de muy corto plazo.

1. La definición de inversión contenida en la normativa de la CAN se refiere únicamente a la inversión extranjera directa. Sin embargo, todos los Países Miembros de la CAN han adoptado, sea en sus normas internas, sea en sus acuerdos internacionales de comercio o de promoción y protección de inversiones, un concepto amplio de inversión, según el cual ésta es «todo tipo de activo» propiedad de un inversionista, o sobre el cual éste ejerza control, que sea invertido en un país según su ordenamiento jurídico, y que abarca la propiedad de bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales, las acciones y todo otro tipo de participación en sociedades, los derechos de crédito y los derechos a prestaciones que tengan un valor económico, los derechos de propiedad intelectual y las concesiones otorgadas por ley o por un contrato.
2. Existen marcadas similitudes entre la definición de inversión mencionada en el párrafo 1 precedente y las contenidas en las diversas propuestas de redacción de este asunto en el ALCA, tanto en cuanto a la concepción general de la inversión como en lo atinente a las modalidades específicas que ésta puede revestir.
3. Existen marcadas similitudes entre la definición de inversión mencionada en el párrafo 1 precedente y la contenida en el TLC entre Chile y los Estados Unidos, tanto en cuanto a la concepción general de la inversión como en lo atinente a las modalidades específicas que ésta puede revestir.
4. Por lo que respecta a la clasificación de los créditos y préstamos como inversiones, se les puede considerar como «derechos de crédito y derechos a prestaciones que tengan valor económico». Las fórmulas que tanto en el ALCA como en el TLC entre Chile y los Estados Unidos, aunque en este último en forma menos asertiva, limitan el que se tenga como inversión a ciertos créditos y préstamos (especialmente las que excluyen de ese concepto a los créditos derivados de contratos para la venta de bienes o servicios o a los créditos cuya fecha de vencimiento sea menor a un determinado lapso, usualmente de tres años), no se ajustan a lo que generalmente han establecido los países andinos a este respecto.
5. Las propuestas que excluyen del concepto de inversión a las inversiones en cartera de corto plazo, a las que se les presumen fines especulativos, no se ajustan a los lineamientos seguidos a este respecto por los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros que, en sus legislaciones internas y en sus acuerdos internacionales, no han excluido a estas operaciones del concepto de inversión que emplean.

2. CONCEPTO DE INVERSIONISTA:

Un asunto que debe ser analizado en conexión con lo anterior es el atinente al concepto de inversionista.

Sobre este particular, la Decisión 291, que establece la normativa andina sobre este tema, no contiene una definición general de «inversionista», sino definiciones específicas de «inversionista nacional», «inversionista subregional» e «inversionista extranjero», en concordancia con su enfoque según el cual una empresa será nacional, mixta o extranjera dependiendo de la proporción de capital nacional, subregional o extranjero que exista en ella y de la manera en que esa participación se refleje en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa.

En ausencia de una definición general de «inversionista» en la normativa andina, es necesario recurrir a las definiciones que sobre el particular tengan los ordenamientos jurídicos de los distintos Países Miembros, de manera de determinar el concepto que esos países manejen sobre «inversionista».

Al efecto, hemos analizado tanto las normas internas como diversos APPIs de los Países Miembros de la CAN y encontramos que los mismos:

- Consideran como inversionista, sea bajo este apelativo, sea como «nacional», a las personas físicas o naturales que sean nacionales de un país, de conformidad con la legislación de ese país;
- No aplican criterios uniformes respecto de los inversionistas que sean personas jurídicas, entre los cuales encontramos varias redacciones distintas. Así, algunos Acuerdos consideran como inversionista a toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentaciones de una Parte Contratante, que haya efectuado inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante. Es el caso, por ejemplo, de los APPIs entre Bolivia y Ecuador o entre Ecuador y Honduras, si bien en este último caso se exige además que la persona jurídica de que se trate haya establecido su domicilio en cualquiera de las dos Partes. En otros casos se considera como inversionistas a las personas jurídicas constituidas de conformidad con las leyes y reglamentaciones de una Parte Contratante y que tengan su sede en el territorio de dicha Parte, independientemente de que su actividad tenga o no fines de lucro. Esta disposición, que exige la sede en lugar del domicilio, se encuentra, por ejemplo, en las APPIs de Ecuador con Argentina, El Salvador y Chile, si bien en este último caso, así como en el de los APPI entre Colombia y Chile y entre Venezuela y Chile, se exige además de la sede que la persona jurídica tenga «actividades económicas reales en el territorio de la Parte Contratante donde se haya constituido».

Otros Acuerdos adoptan, además de los criterios de nacionalidad, domicilio o sede de la persona jurídica, el criterio del control que se ejerza sobre ellas. Es el caso de los APPIs entre Ecuador y Paraguay y de Perú con Bolivia, en que se cataloga como inversionistas de una Parte a las personas jurídicas constituidas de acuerdo con la legislación de esa Parte o que estén controladas directa o indirectamente por nacionales de esa Parte. Una variante de este criterio es la expresada en los Acuerdos de Perú con Colombia, con Paraguay y con Venezuela, en los que se exige que las personas jurídicas de que se trate, además de ese elemento de control, ejerzan una actividad económica comprendida en el ámbito del respectivo convenio o acuerdo o, como en el caso de los Acuerdos de Bolivia con Argentina y con Chile, así como en el de Perú y Chile, donde se exige que las personas jurídicas tengan actividades económicas sustanciales en el territorio de esa Parte.

Aun otro grupo de Acuerdos extiende ese criterio de control, puesto que considera como «inversionistas» tanto a las personas jurídicas, incluyendo sociedades, sociedades registradas, sociedades de personas y cualquier otra entidad constituida u organizada de otra manera según la legislación de esa Parte Contratante, que tenga su sede, así como actividades económicas reales, en territorio de dicha Parte Contratante como a las personas jurídicas constituidas conforme a la legislación de cualquier país, que sean controladas, directa o indirectamente, por nacionales de esa Parte Contratante o por entidades jurídicas cuya sede se encuentra en el territorio de esta misma Parte Contratante, donde la persona jurídica ejerce también su actividad económica real. Es el caso de los APPIs de Ecuador con República Dominicana y de Perú con El Salvador.

Ante una situación como la descrita, podemos sin embargo intentar identificar un primer elemento común en cuanto a las personas jurídicas, que es el caso de aquéllas constituidas conforme al ordenamiento jurídico de un país en el que tienen o su domicilio o su sede, o en el que realizan actividades económicas reales o sustantivas. Se trata, en consecuencia, de la situación usual de una empresa que se constituye debidamente en un país y en él lleva a cabo sus actividades económicas normales, que conducen a que el asiento principal de sus negocios e intereses (domicilio) esté en ese país, en el que normalmente también tendrá su sede social. Esta concepción de un inversionista es cónsona con la contenida en los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros, que atribuyen la nacionalidad a las personas jurídicas en función del sitio donde éstas se constituyen y reconocen como su domicilio al sitio donde tiene lugar el asiento principal de sus negocios e intereses.

Es posible identificar un segundo supuesto, en el que está presente el factor de control sobre la inversión, que es uno de los elementos determinantes de las únicas definiciones de inversión contenidas en la normativa andina. En efecto, esa normativa clasifica a las inversiones en nacionales, mixtas o extranjeras dependiendo de la participación de capitales nacionales y extranjeros en el capital de la empresa, y de la forma en que esa participación de capital se refleje en la dirección de ésta. De ello resulta que, a los efectos de la normativa andina, un «inversionista» – siempre en el marco de las inversiones extranjeras directas – conjuga elementos de aportes de capital y de control sobre las operaciones de la empresa a la que ese capital es aportado. Por consiguiente, entendemos que el elemento «control» no es ajeno a la concepción de inversionista que tienen los Países Miembros.

Un elemento distinto lo constituye la extensión del concepto de «control sobre una inversión» a los casos en que la inversión ha ocurrido en un tercer país, distinto a aquél en el que se debería o no considerar al «inversionista» como tal. Sin embargo, aun en este caso, que claramente se inspira en la posibilidad de movimientos transfronterizos de capital que caracteriza la actual economía globalizada, es posible percibir elementos de contacto con las normas que regulan la figura andina más parecida a una empresa que actúe a escala global, como lo sería la Empresa Multinacional Andina. En efecto, en este tipo de empresas pueden existir inversiones de capitales de sólo dos Países Miembros, pero una vez reconocida la condición de EMA de la empresa de que se trate, tanto ella como sus accionistas disfrutan de las ventajas especiales atribuidas a este tipo de empresas, incluyendo los derechos reconocidos a sus inversionistas, aun en los Países Miembros de los cuales esos inversionistas no son nacionales. Así por ejemplo, el artículo 10 de la Decisión 292 prevé que «Los aportes destinados al capital de las Empresas Multinacionales Andinas y sus sucursales, circularán libremente dentro de la Subregión», lo que implica un régimen preferente para ciertos haberes de una categoría de inversionistas, como son los accionistas de una EMA, categoría ésta que es reconocida tanto por los Países Miembros cuyos inversionistas participan en el capital de la EMA, como por aquéllos que no participan.

Como se observa, todos los distintos criterios empleados por los Países Miembros en sus APPIs son cónsonos con los principios que inspiran sus ordenamientos jurídicos en materia de sociedades y con las disposiciones de la CAN sobre inversiones, lo que podría explicar la diversidad de criterios arriba referida.

Ahora bien, si analizamos las propuestas de concepto de «inversionista» presentadas en las negociaciones del ALCA, observaremos que se presenta una situación similar a la antes anotada respecto de los APPIs de los Países Miembros, en el sentido de que es aceptado en general el que tanto personas naturales como jurídicas pueden ser inversionistas y, respecto de las primeras, el que se exigiría que fuesen nacionales de un país participante en el ALCA, según lo previsto en el ordenamiento interno de ese país.

Respecto de estos inversionistas debemos considerar además los siguientes asuntos planteados en esas propuestas:

- a) Personas naturales que no siendo nacionales de una de las Partes del ALCA, residan en forma permanente o se domicilien en una de ellas, de conformidad con la legislación de esa Parte:

Sólo una propuesta considera que estas personas pueden ser también «inversionistas» a los efectos del ALCA. No hemos encontrado disposiciones similares específicas en las disposiciones de los Países Miembros que hemos estudiado, ni existen principios similares en las normas de la CAN sobre inversiones. Sin embargo, observamos que si bien la Decisión 291 incluye entre los inversionistas nacionales a las personas naturales nacionales, con lo cual claramente opta por un criterio de nacionalidad y no de domicilio o de residencia²⁵, permite que ciertas personas naturales extranjeras sean consideradas como inversionistas nacionales, con lo cual consagra su condición de inversionistas cubiertos por esa norma. Esto además es coherente con la aspiración de crear un Mercado Común Andino en el que las personas puedan desplazarse a los distintos Países Miembros y puedan ser considerados como inversionistas en esos países. Por consiguiente, consideramos que la extensión del concepto de inversionista a las personas naturales no nacionales de un país del ALCA, pero domiciliadas o residenciadas en éste, no se aparta de los principios que inspiran a la normativa de la CAN en esta materia.

- b) Exclusión del concepto de «inversionista» de las personas naturales nacionales de uno de los países del ALCA, pero que, a la fecha de la inversión, residan en forma permanente o estén domiciliados en otro país del ALCA, donde hacen la inversión, a menos que se pruebe que los recursos referidos a esas inversiones provienen del exterior:

Igualmente, sólo una propuesta plantea esta exclusión. Hemos encontrado normas similares a esta propuesta en los APPIs celebrados por Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela con Argentina, así como en los Acuerdos de este tipo, de Ecuador con El Salvador y con Chile. Creemos procedentes los siguientes comentarios respecto de las disposiciones andinas. El principio general de éstas es que, para que sean considerados como inversión extranjera, los aportes deben provenir del exterior, salvo en el caso de las «inversiones en moneda nacional provenientes de recursos con derecho a ser remitidos al exterior y las reinversiones que se efectúen de conformidad...» con la Decisión 291. Nótese por tanto que los recursos deben provenir del exterior, salvo cuando se trata de recursos generados internamente por inversiones extranjeras directas. Bajo esa Decisión, una persona natural nacional de un País Miembro que se residencia o domicilia en otro País Miembro, y hace en éste una inversión con recursos provenientes del exterior, será considerado como un inversionista subregional, puesto que cumpliría con lo exigido a esos efectos (Ser un inversionista nacional de cualquier País Miembro, distinto al país receptor) independientemente de dónde hubiere fijado su domicilio o residencia.

Por tanto, consideramos que la exclusión del concepto de «inversionista» en el contexto del ALCA a los nacionales de un País Miembro que se domicilien o residencien en otro, sería contrario a los principios que inspiran la normativa andina en materia de inversiones extranjeras, a lo que se sumaría el que esa limitación a la protección bajo el ALCA de las inversiones de personas naturales nacionales de un País Miembro, que se han residenciado o domiciliado en otro País Miembro, sería igualmente contraria a la intención de crear un Mercado Común Andino que contemple, entre otras cosas, la libre circulación de personas al interior de ese Mercado y su derecho a establecerse y realizar actividades económicas en cualquier parte de ese Mercado.

²⁵ Respecto del requisito de residencia, la Decisión 291 considera como inversionista nacional a la persona natural extranjera con residencia ininterrumpida en el país no inferior a un año, que renuncie al derecho a reexportar el capital y a transferir utilidades al exterior, pudiendo el organismo nacional competente del país de que se trate, exonerar a estas personas del requisito de residencia mencionado.

c) Personas naturales con doble nacionalidad:

Encontramos dos propuestas sobre este tema, una primera que plantea que «...una persona física con doble nacionalidad se considerará nacional exclusivamente del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva...» y otra que excluye del ámbito del ALCA a las inversiones «...realizadas por personas naturales que tengan de manera simultánea, la nacionalidad de la Parte en la que se realiza la inversión y la nacionalidad de otra Parte...». Ninguno de los APPIs de los Países Miembros analizados para la redacción de este Informe regula esta materia, ni lo hacen las disposiciones internas de los Países Miembros en materia de inversiones. Observamos no obstante que la normativa andina considera, como se ha dicho, que una persona natural que sea nacional de un País Miembro según el ordenamiento jurídico de ese país, es considerado como inversionista nacional. No hace la normativa andina ninguna distinción respecto de si esa persona tiene, además, otra nacionalidad, incluida la de aquélla donde haga su inversión. En esas circunstancias, estimamos que la propuesta que propone excluir del concepto de inversionista en el ALCA a quienes tengan la nacionalidad de un país participante en el ALCA y de otro país en el que haga su inversión, y la que deja de reconocer a esos efectos una de las dos nacionalidades de que disfruta la persona natural, son contrarias a los principios que inspiran la normativa andina sobre inversiones.

Por lo que respecta a las personas jurídicas, notamos que se propone considerar como inversionistas a las siguientes categorías:

- a) Una persona jurídica, empresa o entidad, pública o privada, con o sin fines de lucro, constituida, establecida o domiciliada, con arreglo a la legislación interna de una Parte (Entendemos que esta categoría abarcaría a los Estados que fueren parte del ALCA y a las empresas de ese Estado). Una variante de esta fórmula exige que estas personas jurídicas tengan su sede, y en otra variante, también sus actividades económicas efectivas, en el territorio de la Parte donde hayan sido constituidas.
- b) Las personas jurídicas constituidas en el territorio donde se realiza la inversión, efectivamente controladas por personas físicas nacionales de un país del ALCA, o residentes o domiciliadas en ese país, o por personas jurídicas constituidas de conformidad con las leyes y reglamentaciones de una Parte y que tengan su sede en el territorio de dicha Parte.
- c) Las entidades jurídicas constituidas conforme a la legislación de cualquier país, que sean controladas directa o indirectamente por nacionales de una de las Partes, en el territorio de la misma Parte donde la entidad jurídica ejerza sus actividades económicas efectivas;

Consideramos que el primero de estos supuestos se ajusta a la normativa andina sobre inversiones, ya que ésta incluye expresamente como inversionistas nacionales a los Estados miembros de la CAN, al tiempo que engloba en ese concepto a las empresas del Estado, hasta el punto de considerar que una empresa puede ser tenida como mixta si en su capital participa el Estado, entes paraestatales o empresas del Estado del país receptor, en un porcentaje no inferior al treinta por ciento del capital social y siempre que a juicio del organismo nacional competente, el Estado, ente paraestatal o empresa del Estado, tenga capacidad determinante en las decisiones de la empresa de que se trate. Se ajusta asimismo esta propuesta a los principios que inspiran los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros, puesto que todos ellos consideran la posibilidad de que el Estado, o empresas de éste, sean inversionistas, consideración ésta que abarca un rango que va desde lo previsto en Venezuela, donde la principal industria del país es, incluso por mandato constitucional, propiedad del Estado, hasta la situación anotada respecto de la actuación del Estado en la economía peruana, donde se le limita a actuar subsidiariamente a la actividad privada.

Ante esta situación, concluimos que la primera propuesta se ajusta a la normativa de la CAN y a la de sus Países Miembros, y que cualquier propuesta que plantee la exclusión de los Estados o de sus empresas del concepto de «inversionista» en el ALCA, sería contraria a los principios de esa normativa comunitaria y de la de los Países Miembros.

En cuanto a la segunda opción de «inversionista» arriba identificada, ponemos de relieve que se trata de la consideración como «inversionista» de una persona jurídica que sea controlada por personas naturales nacionales de un país del ALCA o por personas jurídicas constituidas en ese país. Si esa persona hiciese una inversión, sería un «inversionista» bajo el ALCA. Entendemos que este supuesto es cónsono con la normativa andina sobre inversiones y con las disposiciones nacionales de los Países Miembros sobre el tema, toda vez que en ambos casos las filiales, subsidiarias u otros entes controlados por inversionistas en la CAN son consideradas a su vez como inversionistas, independientemente de que se les califique como nacionales o extranjeras.

El tercer supuesto difiere de los otros dos, puesto que plantea considerar como «inversionista» a toda entidad jurídica que sea controlada directa o indirectamente por nacionales de una de las Partes. Entra aquí en juego un concepto de control indirecto, el cual no es definido en la norma y que ameritaría mayores precisiones para poder determinar si se ajusta a los criterios empleados por los Países Miembros y por la CAN.

En conclusión estimamos que, bajo reserva de obtener mayores precisiones respecto del «control indirecto» postulado en una de las propuestas, éstas se ajustan a los principios de la CAN y de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros al definir a los «inversionistas», pues todas las categorías propuestas serían «inversionistas» en los términos de la CAN o de los Países Miembros.

Corresponde analizar la definición de «inversionista» contenida en el TLC entre Chile y los Estados Unidos. Esa definición postula que se distingue entre los inversionistas de una Parte y los de un país que no sea Parte. Los primeros son definidos como «una Parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que tiene el propósito de realizar, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de la 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». Los inversionistas de un país que no sea Parte son, respecto de una Parte, «...un inversionista que tiene el propósito de realizar, que está realizando o que ha realizado una inversión en el territorio de esa Parte, que no es un inversionista de ninguna de las Partes». A su vez, una «empresa de una Parte es definida como «...una empresa constituida u organizada de conformidad con la legislación de una Parte, y una sucursal localizada en el territorio de una Parte, que lleven a cabo actividades comerciales en ese territorio» y una «empresa» es definida como «Cualquier entidad constituida u organizada conforme a la legislación aplicable, tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o gubernamental, incluidas cualquier sociedad, fideicomiso, participación, empresa de propietario único, coinversión u otra asociación».

Al analizar estas disposiciones a la luz de las normas comunitarias y de las disposiciones de los Países Miembros, notamos que se ajustan a los principios que se han enunciado como característicos de esas normas andinas y de los Países Miembros: consideración como inversionistas de las personas naturales nacionales de un país, del Estado, de sus empresas y a éstas en general. Reiteramos aquí lo arriba expuesto respecto de los casos de doble nacionalidad y ponemos de relieve la presencia en esta definición de un elemento conflictivo, como lo es la consideración como «inversionista» de quienes sólo tienen el propósito de

realizar una inversión, y de quienes la están realizando, pero aún no la han concretado. Este asunto será tratado en detalle al estudiar los problemas relacionados con la admisión de las inversiones, ya que la inclusión de este concepto en la definición de inversionista, que aquí se analiza, es sólo una consecuencia del criterio que se adopte en cuanto a la admisión de las inversiones.

En conclusión, consideramos que, salvo en cuanto al tratamiento dado en el caso de la doble nacionalidad y en lo atinente a la consideración como inversionista de quien sólo tiene la intención de invertir o quien aún no ha perfeccionado su inversión, la definición contenida en el TLC entre Chile y los Estados Unidos es cónsona con la normativa andina y la de los Países Miembros de la CAN.

3. TRATO NACIONAL:

El trato nacional es uno de los estándares más extendidos de trato a las inversiones extranjeras. De hecho, está presente, en diversas formulaciones, incluso a nivel constitucional en varios Países Miembros, como se ha expuesto anteriormente en este estudio. El trato nacional es un estándar que compara el trato otorgado a un inversionista extranjero con uno nacional, usualmente en las mismas circunstancias, y demanda que ambos tratos sean iguales, o al menos similares.

La doctrina expresa que hay varias posibles maneras de expresar el trato nacional, dependiendo de la extensión que desee dársele a este término. Así, trato nacional puede significar un trato al extranjero exactamente igual al que se otorga al nacional del país de que se trate, o puede ser formulado en términos según los cuales el extranjero debe recibir un trato «no menos favorable» que el trato otorgado al nacional, lo que implica que puede recibir un trato más favorable que éste.

En la revisión de las disposiciones de la CAN y de los Países Miembros sobre este punto, hemos encontrado que el trato nacional es ampliamente reconocido, si bien con las variantes que señalamos a continuación:

En la normativa de la CAN, observamos que el trato nacional está consagrado por la Decisión 291, en su Artículo 2, en los siguientes términos: «Los inversionistas extranjeros tendrán los mismos derechos y obligaciones a los que se sujetan los inversionistas nacionales, salvo lo dispuesto en las legislaciones de cada País Miembro.» Notamos, en primer término, que se trata de un trato nacional en el cual los derechos y obligaciones de los inversionistas nacionales y extranjeros son iguales, y en segundo lugar, que hay una expresa salvedad a favor de los tratos distintos (sean más favorables o no al inversionista extranjero), que consagre la legislación de cada País Miembro. De ello resulta que las diferencias que pueden percibirse en el trato entre inversionistas nacionales y extranjeros en los distintos Países Miembros no son violatorias de la Decisión 291, toda vez que ésta se limita a establecer un principio de trato, pero permite a las legislaciones de los Países Miembros las limitaciones o modificaciones a ese trato que consideren convenientes.

Notamos asimismo que en la Decisión 439, contentiva del Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina, se prevé un régimen de trato nacional en los siguientes términos: «Artículo 8.- Cada País Miembro otorgará a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás Países Miembros, un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios servicios o prestadores

de servicios similares, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 14 del presente Marco General.»²⁶ Este trato nacional es relevante, en cuanto a las inversiones, por su aplicación a los servicios prestados mediante la modalidad de la presencia, incluyendo la presencia comercial, de personas de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro para el suministro de un servicio.

En algunas Constituciones de los Países Miembros, como se ha indicado anteriormente, se consagra expresamente el trato nacional. Así por ejemplo, la Constitución del Perú prevé en su artículo 63 que «La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones...», en tanto que la de Venezuela establece en su artículo 301 que «...No se podrá otorgar a empresas y organismos extranjeros regímenes más beneficiosos que los establecidos para los nacionales. La inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional».

En cuanto a las legislaciones nacionales, la Ley de Inversiones de Bolivia prevé en su artículo 2º que «Se reconoce al inversionista extranjero y a la empresa o sociedad en que éste participe, los mismos derechos, deberes y garantías que las Leyes y Reglamentos otorgan a los inversionistas nacionales, sin otra limitación que las establecidas por ley». En el mismo sentido, la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de Venezuela prevé en su artículo 7 que «Las inversiones y los inversionistas internacionales tendrán los mismos derechos y obligaciones a las que se sujetan las inversiones y los inversionistas nacionales en circunstancias similares, con la sola excepción de lo previsto en las leyes especiales y las limitaciones contenidas en el presente Decreto – Ley». En el ordenamiento jurídico colombiano, el Decreto 2.080, reformado por el Decreto 1.844, que contiene el Régimen General de Inversiones de Capital del Exterior en Colombia y de Capital Colombiano en el Exterior, prevé un principio de igualdad en el trato, según el cual «La inversión de capital del exterior en Colombia será tratada para todos los efectos, de igual forma que la inversión de nacionales residentes. En consecuencia, y sin perjuicio de lo estatuido en regímenes especiales, no se podrán establecer condiciones o tratamientos discriminatorios a los inversionistas de capital del exterior frente a los inversionistas residentes nacionales, ni tampoco conceder a los inversionistas de capital del exterior ningún tratamiento más favorable que el que se otorga a los inversionistas residentes nacionales».

En cuanto a los APPIs de los Países Miembros, notamos que la mayor parte de éstos adopta un estándar de trato nacional²⁷. Observamos a este respecto que la cláusula por la que se establezca el trato nacional puede tener diversas formulaciones. La redacción más directa establece que «Cada Parte brindará a los inversionistas de la otra Parte y a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte, un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas»²⁸. Una variante de esta fórmula es la que otorga trato nacional no respecto de las inversiones y los inversionistas, sino respecto de las inversiones y las ganancias. Esa redacción prevé que «Las Partes Contratantes otorgarán en su territorio a las inversiones o a las ganancias de nacionales o empresas de la otra Parte Contratante un trato no menos favorable que aquél que conceden a las inversiones o a las ganancias de sus propios nacionales o empresas...»²⁹

Otra variante del trato nacional consiste en su combinación con otros estándares de protección, en una misma norma. Por ejemplo, en los APPIs entre Ecuador y Chile y entre Ecuador y Venezuela, se expresa que «Cada Parte Contratante, una vez que haya admitido

²⁶ El artículo 14 de esa Decisión prevé la adopción de un inventario de las medidas disconformes con el trato nacional – y con el principio de acceso al mercado – existentes en los Países Miembros, para su progresiva eliminación a través de negociaciones.

²⁷ En los Acuerdos de Ecuador con Honduras y con República Dominicana no se prevé trato nacional.

²⁸ Tratado de Libre Comercio entre México y Bolivia, Artículo 15-03.

²⁹ Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Perú sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Artículo 4, párrafo 1.

en su territorio inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, concederá plena protección legal a tales inversiones y les acordará un tratamiento no menos favorable que el acordado a las inversiones de sus propios inversionistas nacionales o de inversionistas de terceros Estados». Como se observa, aquí la misma cláusula que otorga trato nacional hace lo propio con el trato de nación más favorecida y con el principio de protección legal. De hecho, la fórmula más usada en los APPIs de los Países Miembros combina el trato nacional y el de nación más favorecida, en una redacción según la cual «Cada Parte Contratante otorgará a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante, efectuadas en su territorio, un trato no menos favorable que aquel otorgado a las inversiones de sus propios inversionistas o a inversionistas de un tercer país, si este último fuere más favorable», u otra redacción similar. Aun en otras redacciones, el trato nacional y el de nación más favorecida se combinan con el estándar de trato justo y equitativo, tal como ocurre, por ejemplo, en el APPI entre Perú y Paraguay, donde se expresa que «Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de los nacionales de la otra Parte Contratante. Este tratamiento no será menos favorable que el acordado por cada Parte Contratante a las inversiones efectuadas en su territorio por sus propios nacionales o al otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones efectuadas en su territorio por nacionales de la nación más favorecida, siempre y cuando este último tratamiento fuere más favorable».

En general, la revisión de los APPIs de los Países Miembros permite observar que el estándar de trato nacional es usualmente establecido en esos Acuerdos y que todos los Países Miembros han adoptado en sus APPIs redacciones en las que el trato nacional es definido como el otorgamiento a inversiones e inversionistas extranjeros de un trato «no menos favorable» que el que ese país otorgue a las inversiones de sus propios inversionistas así como a éstos, con lo cual se permite el otorgamiento de tratos más favorables a las inversiones e inversionistas extranjeros, que el otorgado a las inversiones e inversionistas nacionales.³⁰ Usualmente, los APPIs de los Países Miembros no prevén que el trato nacional se aplique antes de la realización de la inversión, sea porque incluyen redacciones que expresamente señalan que ese trato se otorgará a las inversiones una vez que éstas hayan sido admitidas en su territorio, sea porque prevén que el trato nacional se otorgue a las «inversiones» y el concepto de éstas exige que la inversión haya sido realizada para que pueda ser protegida. Hay sin embargo, algunas excepciones a esta delimitación del trato nacional únicamente respecto de las inversiones ya realizadas, que analizaremos posteriormente.

Nótese además que el trato nacional es, salvo en unos pocos casos de APPIs que comentaremos posteriormente, aplicable a todos los sectores y a todas las actividades económicas. No se consagran por lo general excepciones al trato nacional y, por ende, debe entenderse que el principio de trato nacional que se consagra en los APPIs de los Países Miembros y en sus disposiciones internas sobre inversiones, es de aplicación en todos los casos.

Usualmente además, el trato nacional es un estándar de comparación entre inversionistas nacionales y extranjeros que se encuentren en «situaciones similares». Varios APPIs de los Países Miembros, así como algunas disposiciones internas de esos países, como por ejemplo, la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de Venezuela expresamente hacen referencia a la similitud en que deben encontrarse los inversionistas que serán comparados, y en los demás casos, tratándose de un estándar que exige una comparación, pareciera devenir de la naturaleza misma de esa comparación que si ésta debe ser equitativa, los factores a ser comparados deben estar en situaciones similares, pues de otra forma la comparación podría no reflejar la realidad.

³⁰ Observamos que en algunos casos se han otorgado tratos más favorables a los inversionistas e inversiones extranjeras. Es el caso, por ejemplo, del Decreto Legislativo N° 662 del Perú, antes comentado, que establece un Régimen de Estabilidad Jurídica a la Inversión Extranjera.

En conclusión sobre este punto, el estándar de trato nacional es ampliamente aceptado en la CAN y sus Países Miembros, en términos que por lo general exigen que la inversión extranjera y el inversionista extranjero sean tratados de una manera no menos favorable que las inversiones e inversionistas nacionales en situaciones similares; y por lo general ese trato es acordado sin excepciones, por lo que se aplica a todos los sectores y todas las actividades económicas, y únicamente luego de que la inversión es realizada.

Ahora bien, en el proyecto de Acuerdo del ALCA, se proponen normas sobre el trato nacional según las cuales éste sería un trato no menos favorable que el que el país miembro del ALCA de que se trate otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas y a las inversiones en su territorio de sus propios inversionistas, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones en su territorio. A esta propuesta se opone otra según la cual el trato nacional debe otorgarse de acuerdo con las normas legales del Estado receptor de la inversión.

Otras propuestas se refieren al trato nacional en los casos de estados federales o con otras formas de gobierno a nivel regional. En ellas se plantea que, respecto de los estados o provincias que conformen ese Estado federal, o de los otros niveles de gobierno, el trato nacional significará un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese estado o provincia, u otro nivel regional de gobierno otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de inversionistas de la Parte de la que forman parte integrante o, en una variante, a personas físicas residentes en otros niveles regionales de gobierno de la Parte de la cual forma parte y a compañías constituidas de acuerdo con las leyes de los mismos, así como a sus inversiones respectivas.

En nuestra opinión, las propuestas del ALCA sobre el tema de trato nacional son coherentes con el concepto de trato nacional contenido en los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros, incluyendo sus APPIs, y en la normativa comunitaria sobre inversiones.

En cuanto al TLC entre Chile y los Estados Unidos, observamos que el artículo 10.2 de ese Tratado prevé que «Cada Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio», y en cuanto a las inversiones, que «Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones».

En lo que respecta a los niveles de gobierno regional, el Tratado prevé que el trato nacional significará «...respecto a un gobierno de nivel regional, un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese gobierno de nivel regional otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de inversionistas de la Parte de la que forma parte».

En nuestra opinión, salvo en lo que respecta a la extensión del trato nacional al establecimiento de las inversiones, el régimen de trato nacional contenido en el TLC entre Chile y los Estados Unidos es compatible con el régimen andino sobre la materia y con lo establecido en los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros.

Ahora bien, hay varios temas relacionados con el trato nacional que merecen ser analizados, a saber:

a) Extensión del trato nacional al establecimiento de la inversión extranjera:

En el TLC entre Chile y los Estados Unidos se prevé que el trato nacional se aplica en lo referente al «...establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones», redacción ésta en la que es claro que el trato nacional abarca la etapa del establecimiento de la inversión.

En algunos APPIs de los Países Miembros encontramos disposiciones similares. En especial, en el APPI entre Canadá y Ecuador se regula por separado el establecimiento de las inversiones y el trato otorgado a éstas luego de ese establecimiento. En cuanto al establecimiento de las inversiones, se prevé que «Ambas Partes Contratantes permitirán el establecimiento de nuevas empresas o la adquisición de una empresa ya existente, o parte de tal empresa, por inversionistas o posibles inversionistas de la otra Parte Contratante, bajo condiciones no menos favorables que aquellas en que, en circunstancias similares, permiten tal adquisición o establecimiento por parte de: a) sus propios inversionistas o posibles inversionistas; o b) inversionistas o posibles inversionistas de cualquier tercer estado.» Se prevé asimismo en ese APPI que «Las decisiones de cualquiera de las Partes Contratantes, basadas en medidas no inconsistentes con este Convenio, sobre si permitir o no una adquisición, no estarán sujetas a lo dispuesto en los Artículos XIII o XV de este Convenio», y que «Las decisiones de cualquiera de las Partes Contratantes de no permitir el establecimiento de una nueva empresa o la adquisición de una empresa existente o una parte de tal empresa por inversionistas o presuntos inversionistas, no estarán sujetas a lo dispuesto en el Artículo XIII de este Convenio», en circunstancias en las que el artículo XIII de ese APPI regula la solución de controversias entre un inversionista y la Parte Contratante Anfitriona. En ese APPI se prevé que luego del establecimiento de la inversión, las Partes Contratantes otorgarán a las inversiones o a los beneficios de los inversionistas de la otra Parte Contratante «un tratamiento no menos favorable que aquél que, bajo circunstancias similares, otorgan a las inversiones o beneficios de sus propios inversionistas con respecto de la expansión, administración, conducción, operación y venta o enajenación de las inversiones».

En los APPI de los Estados Unidos con Bolivia y el Ecuador hay disposiciones que igualmente extienden el trato nacional a la etapa del establecimiento. Así, en el APPI entre Ecuador y los Estados Unidos se expresa que «Cada Parte permitirá y tratará las inversiones y sus actividades afines³¹ de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades...». Y en el APPI de Bolivia y los Estados Unidos se prevé que el trato nacional sea otorgado «Con respecto a la fundación, la adquisición, la expansión, la dirección, la explotación, el funcionamiento y la venta u otra enajenación de las inversiones abarcadas...». (Subrayados nuestros en ambos casos).

Según la doctrina, este problema tiene relación con dos situaciones distintas, a saber, la «admisión» de una inversión, que se refiere al derecho de entrada o de presencia de la inversión, mientras que los derechos de «establecimiento» se relacionan con el tipo de presencia que se establecería. El derecho de establecimiento asegura al inversionista

³¹ En ese APPI se define a las «actividades afines» a la inversión como: «la organización, el control, la explotación, el mantenimiento y la enajenación de sociedades, sucursales, agencias, oficinas, fábricas u otras instalaciones destinadas a la realización de negocios; la celebración, el cumplimiento, y la ejecución de contratos; la adquisición, el uso, la protección y la enajenación de todo género de bienes, incluidos los derechos de propiedad intelectual; el empréstito de fondos; la compra, emisión y venta de acciones de capital y de otros valores, y la compra de divisas para las importaciones.» (APPI entre Estados Unidos y Ecuador Artículo I).

extranjero el derecho a establecer una oficina, una agencia, una sucursal o una subsidiaria, según el inversionista lo considere conveniente, en tanto que el derecho de admisión se limita a permitirle realizar transacciones de negocios en el país anfitrión.

Ahora bien, en el derecho internacional está ampliamente aceptado el derecho de cada Estado a determinar qué extranjeros – incluyendo a qué inversionista extranjero – puede ingresar a su territorio y permanecer en él. Ningún estándar ampliamente reconocido en cuanto al trato a la inversión extranjera, ni a los inversionistas extranjeros, limita ese derecho del Estado donde el extranjero pretenda realizar su inversión. No es contrario, en principio, al trato justo y equitativo que debe darse a las inversiones e inversionistas extranjeros, trato éste reconocido por la generalidad de los APPIs de los Países Miembros, y por algunos de sus ordenamientos internos, el que se impida el acceso de un inversionista extranjero, o de una inversión extranjera.

En la Comunidad Andina, notamos que la Decisión 291 no somete a las inversiones extranjeras a autorización previa, como lo hacía la Decisión 24, por ejemplo. Pero el hecho de que sólo haya una obligación de registro no quiere decir que las inversiones extranjeras disfruten de derechos de admisión o de establecimiento en los Países Miembros. En efecto, nótese que el artículo 3 de la Decisión 291 establece que «Toda inversión extranjera directa, o de inversionistas subregionales, que cumpla con las condiciones establecidas en el presente Régimen y en las respectivas legislaciones nacionales de los Países Miembros, será registrada ante el organismo nacional competente, en moneda libremente convertible.» Como se observa, sólo pueden registrarse las inversiones extranjeras o las subregionales que cumplan con las condiciones establecidas en ese Régimen y en las respectivas legislaciones nacionales de los Países Miembros. Hemos indicado anteriormente que en estas legislaciones, e incluso, en las Constituciones de esos países, existen reservas de sectores de la actividad económica a determinados inversionistas nacionales (El Estado, o empresas del Estado) y otras restricciones a las actividades de la inversión extranjera. Pero aun más allá de estas reservas, los Estados mantienen el derecho a reservar sectores o actividades, y a regular la participación de inversionistas e inversiones extranjeras en unos y otras. Los Estados no han renunciado a ese derecho, y en el caso de algunos, semejante renuncia sería altamente cuestionable desde el punto de vista de la conformidad de esa renuncia con sus disposiciones constitucionales. Por consiguiente, consideramos que una disposición similar a la contenida en el TLC entre Chile y los Estados Unidos, y en los APPIs que se han mencionado, que extienda el trato nacional a la etapa del establecimiento, sería contraria a los principios que inspiran la normativa comunitaria sobre inversiones y la de los Estados Miembros.

b) Extensión del trato nacional a la etapa previa al establecimiento de la inversión:

Se trata de un asunto que hemos anotado al comentar las distintas propuestas de «inversionista» que se han formulado en las negociaciones del ALCA. En una de esas propuestas se plantea que se tenga por «inversionista» a una Parte, o una empresa de esa Parte que lleve a cabo los actos jurídicos en el territorio de otra Parte tendientes a materializar una inversión o que la realice o la haya realizado. En otra versión del texto de esa propuesta se expresa que sería un inversionista quien «...pretenda realizar, realice o ha realizado una inversión». En la revisión efectuada de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros, sólo hemos encontrado una formulación similar en el Capítulo sobre Inversión del Tratado de Libre Comercio entre Bolivia y México, en el que se expresa que se considerará como «inversionista de una Parte» a una Parte, una empresa del Estado de esa Parte, un nacional o una empresa de esa Parte que «...lleve a cabo los actos jurídicos tendientes a materializar una inversión, o que realice o haya realizado una inversión en el territorio de la otra Parte».

En nuestra opinión, y en concordancia con lo arriba expuesto en cuanto a la extensión del trato nacional a la etapa de la admisión y el establecimiento de una inversión, consideramos que la extensión de ese trato a la etapa previa a ese establecimiento, esto es, a un momento en que aún no se ha producido la transferencia de ningún activo al territorio del país donde la inversión va a tener lugar, es contraria a los principios que inspiran tanto la normativa comunitaria andina como la de sus Países Miembros. En efecto, la normativa comunitaria, limitada como está a la inversión extranjera directa, exige que haya el «aporte» al capital social de una empresa para que pueda considerarse una actividad como inversión; en tanto que las legislaciones de los Países Miembros requieren que los activos sean comprometidos en actividades tendientes a producir rentas en su territorio. En los APPI de los Países Miembros hay un «quid pro quo» en el que se ofrecen garantías y seguridades a las inversiones del exterior a cambio de que esas inversiones se materialicen en el país que ofrece esas garantías y seguridades. Extender el trato nacional a la etapa en que aún no se ha establecido la inversión equivale a extender las garantías y seguridades del APPI sin contraprestación alguna para el país que así procede, razones todas estas por las cuales consideramos improcedente la extensión del trato nacional a la etapa del preestablecimiento de una inversión.

c) Trato nacional en Estados federales o con otras formas de gobierno a nivel regional:

Como se ha indicado antes, se plantea que, respecto de los estados o provincias que conformen ese Estado federal, o de los otros niveles de gobierno, el trato nacional significará un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese estado o provincia, u otro nivel regional de gobierno otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de inversionistas de la Parte de la que forman parte integrante o, en una variante, a personas físicas residentes en otros niveles regionales de gobierno de la Parte de la cual forma parte y a compañías constituidas de acuerdo con las leyes de los mismos, así como a sus inversiones respectivas.

Sobre el particular, notamos que la normativa de la CAN no distingue en esta materia, a pesar de que sus Países Miembros son Estados federales. Entendemos que las Decisiones obligan a los Países Miembros y que éstos están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, según lo mandan los artículos 2 y 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que además les prohíbe adoptar o emplear ninguna medida que sea contraria a las normas del ordenamiento jurídico andino o que de algún modo obstaculice su aplicación. Por consiguiente, hay una obligación de aplicación de la normativa andina en todos los niveles territoriales de gobierno.

Entendemos que la norma propuesta en el Acuerdo del ALCA, que se repite en el TLC entre Chile y los Estados Unidos, plantea que el trato nacional sea entendido, en cuanto a las divisiones de un estado federal y a otros niveles de gobierno, como un trato en el cual el inversionista de fuera de ese país sea tratado de manera no menos favorable que el inversionista de ese país que sea mejor tratado, lo cual consideramos coherente con el trato nacional usualmente dispensado en los Países Miembros y con los intereses de éstos en las operaciones que impliquen la exportación de capital de sus empresas.

d) Listas de excepciones al trato nacional:

En varios acuerdos comerciales de los Países Miembros encontramos disposiciones según las cuales, luego de establecer regímenes generales de trato nacional, se prevé la posibilidad de que las Partes de esos Acuerdos listen en determinados Anexos a ese Acuerdo, las disposiciones disconformes con el trato nacional. Ese tipo de disposiciones están presentes en el Tratado de Libre Comercio entre México y Bolivia; en el Tratado de Libre Comercio

del G-3; en los APPI entre Ecuador y los Estados Unidos y Bolivia y los Estados Unidos y entre Canadá y Ecuador.

En el primero de estos convenios internacionales, luego de establecer un régimen de trato nacional en el artículo 15-03, se prevé en el artículo 15 – 07, sobre reservas y excepciones, lo siguiente:

1. Los artículos 15-03 al 15-06 no se aplican a cualquier medida incompatible que mantenga una Parte de conformidad con su legislación vigente a la entrada en vigor de este Tratado, sea cual fuere el nivel u orden de gobierno. Cada Parte listará esas medidas en el anexo 1 a este artículo dentro de un plazo no mayor a un año, contado a partir de la entrada en vigor. Cualquier medida que en el futuro adoptare una Parte, no podrá ser más restrictiva que aquellas existentes a la entrada en vigor de este Tratado.
2. Los artículos 15-03 al 15-06 no se aplicarán a cualquier medida incompatible que adopte o mantenga una Parte respecto de las actividades que hayan sido listadas en el anexo 2 a este artículo a la firma de este Tratado. Las Partes, en la adopción o mantenimiento de las medidas incompatibles referidas, buscarán alcanzar un equilibrio global en sus obligaciones. Transcurrido un periodo de dos años, contado a partir de la entrada en vigor de este Tratado, cualquier medida que adopte una Parte no podrá ser más restrictiva que aquellas existentes al final del mismo.

(...)

4. Los artículos 15-03, 15-04 y 15-06 no se aplican a:

- a) Las adquisiciones realizadas por una Parte o por una empresa del Estado; o
- b) Los subsidios o subvenciones, incluyendo los préstamos, garantías y seguros gubernamentales otorgados por una Parte o por una empresa del Estado...».

En el APPI entre Ecuador y los Estados Unidos se expresa en su artículo II que «1. Cada Parte permitirá y tratará las inversiones y sus actividades afines de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades, o las de los nacionales o sociedades de cualquier tercer país, cualquiera que sea la más favorable, sin perjuicio del derecho de cada Parte a hacer o mantener excepciones que correspondan a alguno de los sectores o asuntos que figuran en el Anexo del presente Tratado. Cada Parte se compromete a notificar a la otra Parte, con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del presente Tratado o en dicha fecha, todo ordenamiento interno del cual tenga conocimiento referente a los sectores o asuntos que figuran en el Anexo. Cada Parte se compromete igualmente a notificar a la otra Parte toda futura excepción con respecto a los sectores o asuntos que figuran en el Anexo y a limitar dichas excepciones al mínimo. Las excepciones futuras de cualquiera de las Partes no se aplicarán a las inversiones existentes en los sectores o asuntos correspondientes en el momento en que dichas excepciones entren en vigor. El trato que se otorgue conforme a los términos de una excepción será, salvo que se especifique lo contrario en el Anexo, no menos favorable que el que se otorgue en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de los nacionales o sociedades de cualquier tercer país.»

En el APPI entre Bolivia y los Estados Unidos la regulación del trato nacional se inicia con

una norma según la cual «Con respecto a la fundación, la adquisición, la expansión, la dirección, la explotación, el funcionamiento y la venta u otra enajenación de las inversiones abarcadas, cada Parte otorgará un trato no menos favorable que el que otorga, en situaciones equivalentes, a las inversiones en su territorio de sus propios nacionales o sociedades (en adelante, «trato nacional») o a las inversiones en su territorio de los nacionales o las sociedades de terceros países (en adelante, «trato de la nación más favorecida»), cualquiera que sea el más favorable (en adelante, «trato nacional y de la nación más favorecida»). Cada Parte garantizará que sus empresas estatales, en el suministro de sus bienes o servicios, otorguen el trato nacional y de la nación más favorecida a las inversiones abarcadas.»

A continuación, en ese APPI se establece que «Cada Parte podrá adoptar o mantener excepciones a las obligaciones contraídas conforme al anterior párrafo 1 en las materias o en los sectores especificados en el Anexo al presente Tratado. Al adoptar dichas excepciones, una Parte no podrá exigir la desinversión total o parcial de las inversiones abarcadas que existan en el momento de la entrada en vigor de cada excepción.»

En el APPI entre Canadá y Ecuador se adopta un esquema diferente, en el sentido de que se permiten, pero sujetas a una obligación de «stand still», las medidas disconformes existentes para el momento de la entrada en vigencia del APPI y de que se permite mantener o adoptar ciertas medidas en relación con procesos de privatización, que de otra forma serían consideradas disconformes con la obligación de trato nacional. Las disposiciones específicas sobre esta materia son las siguientes:

«El inciso (3)(a) del artículo II, párrafo (1) de este Artículo, y los párrafos (1) y (2) del Artículo V no son aplicables a: a) ninguna medida existente de disconformidad mantenida dentro del territorio de una de las Partes Contratantes; y b) ninguna medida mantenida o adoptada después de la entrada en vigor de este Convenio, la cual, en el momento de la venta o enajenación del interés en el valor neto de una propiedad gubernamental, o en el activo de una empresa estatal existente o de una entidad gubernamental existente, prohíbe o impone limitaciones a la propiedad del interés en el valor neto o en el activo o impone requisitos de nacionalidad relativos a la gerencia principal o a los miembros del consejo de administración...». Tampoco se aplica el trato nacional a la continuación o «pronta renovación» de cualquier medida de disconformidad referida en el inciso a), ni a sus enmiendas, siempre que la misma no reduzca la conformidad de la medida, tal como existía inmediatamente antes de introducirse la enmienda.

Ese APPI contiene un anexo donde se listan sectores y asuntos respecto de los cuales cada Parte Contratante puede introducir o mantener excepciones al trato nacional.

Al analizar las disposiciones de los APPIs que han adoptado esta modalidad de listar las áreas o sectores en los cuales se pueden introducir normas contrarias al principio general de trato nacional previsto en esos APPIs, llegamos a las siguientes conclusiones:

1. No es contrario al ordenamiento comunitario ni a los principios que rigen los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros el que, habiéndose establecido una disposición de aplicación general, se listen las excepciones a esa disposición general. Por el contrario, esa es una técnica legislativa usualmente empleada tanto por la Comunidad Andina como por todos los Estados Miembros. De hecho, podría argumentarse que esa es la práctica normalmente seguida tanto por las autoridades ejecutivas como por las que tienen facultades legislativas en todos los Países Miembros, al proporcionar mayor claridad a la normativa que se adopta, y evitar que la aplicación

o no de la disposición de aplicación general a los casos excepcionales presentes en el ordenamiento jurídico en relación a esa materia, quede librada a la interpretación que sobre el asunto puedan adoptar las autoridades, incluyendo las judiciales. Por consiguiente, el hecho de que en estos APPIs se adopte esta técnica no contraviene ni al ordenamiento comunitario ni a los principios rectores de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros.

2. Los APPI bajo estudio no se limitan a listar las excepciones a la aplicación del principio de trato nacional, sino que también establecen limitaciones a la consagración de nuevas excepciones a ese principio, o a la ampliación de las existentes al momento de la entrada en vigencia del APPI de que se trate. A este respecto, notamos que, en aplicación del principio general del derecho según el cual «Quien puede lo más, puede lo menos», los Países Miembros que han adoptado en sus APPIs o en sus normativas internas obligaciones de trato nacional generales, sin consagrar excepción alguna (lo que supone el mayor grado de compromiso respecto de ese asunto), pueden adoptar esquemas en los que establezcan limitaciones a las excepciones a ese trato o a su ampliación, sin que ello vulnere la normativa comunitaria³².
3. Otro problema que se presenta con los APPIs que se analizan es el relativo a las listas en que se establecen los sectores, las actividades o los asuntos respecto de los cuales las Partes de esos APPIs podrían establecer en el futuro disposiciones disconformes con el trato nacional. A esas listas pueden aplicársele criterios similares a los expuestos en el punto 2 precedente, puesto que en esencia son excepciones a la regla de la aplicación general, durante la vigencia del APPI, del trato nacional consagrado en el mismo.
4. El establecimiento de excepciones a la regla general de trato nacional mediante listas anexas a los APPIs de los Países Miembros, no pareciera ser contrario a las disposiciones de la Comunidad Andina, que establece un régimen de trato nacional «salvo lo dispuesto en las legislaciones de cada País Miembro», con lo que puede acoger las distintas modalidades de trato nacional que los Países Miembros incorporen en sus ordenamientos jurídicos, incluyendo sus APPIs.
5. Tampoco pareciera contradecir ese establecimiento de excepciones a la regla general de trato nacional mediante listas anexas a los APPIs de los Países Miembros a los principios en que se inspiran los ordenamientos nacionales de los Países Miembros en cuanto a inversiones, puesto que corresponde a una técnica legislativa usualmente empleada por todos ellos.

En general, tanto respecto de los APPIs en los que no se prevén limitaciones a la regla de trato nacional, como en aquéllos en los que, por el sistema de las listas de excepciones o por cualquier otro, hay la posibilidad de mantener en ciertos sectores o actividades tratos distintos al nacional, cabe poner de manifiesto el problema que podría confrontarse en el supuesto de que los Países Miembros decidiesen establecer medidas disconformes con el trato nacional que han consagrado en sus APPIs. En este supuesto, en principio deberían reconocer excepciones a esas medidas disconformes, a favor de las inversiones e inversionistas de los países con los cuales tuvieren en vigencia los referidos APPIs.

³² La determinación de si la adopción de reglas de trato nacional que no contemplen excepciones, ni aun respecto de las disposiciones disconformes con ese trato vigentes para el momento de la entrada en vigencia de un APPI, viola disposiciones constitucionales o de otro orden del País Miembro signatario de ese APPI, excede de los límites de este estudio.

Consideramos que aun cuando los Países Miembros, actuando de manera individual, hayan alcanzado APPIs cuyos términos prohíban o limiten la adopción de medidas disconformes con el trato nacional, incluyendo las disposiciones que extienden éste a la etapa del establecimiento de la inversión, e incluso, a etapas previas a ese establecimiento en las que sólo existe la intención del inversionista de hacer una inversión, subsiste la capacidad de la Comunidad Andina, que es un ente jurídico distinto a los Países Miembros, de adoptar decisiones en ejercicio de sus competencias en materia de armonización de políticas, que podrían establecer tratos distintos al trato nacional en las áreas específicas en las que esas políticas sean armonizadas.

La antes referida adopción de decisiones sobre armonización de políticas en cuanto a inversiones, incluyendo disposiciones disconformes con la regla de trato nacional contenida en los APPIs de los Países Miembros, se basaría en la competencia de la CAN en esta materia, sustentada en los artículos 51 y 52 del Acuerdo de Cartagena³³, en la personalidad jurídica internacional de la CAN³⁴ y en la naturaleza de las Decisiones y su aplicación directa y preferente respecto del ordenamiento jurídico interno de cada País Miembro.

Debemos mencionar asimismo que en el Proyecto de Acuerdo del ALCA se presentan las siguientes propuestas de disposiciones sobre reservas y medidas disconformes:

«Artículo 16. [Reservas] [Medidas disconformes]

[16.1. Los artículos 4 (Trato nacional), 5 (Trato de nación más favorecida), 10 (Requisitos de desempeño) y 11 (Altos ejecutivos y Consejos de administración o directorios) no se aplican a:

a) cualquier medida disconforme existente mantenida por una Parte:

- I) A nivel [central] [nacional o federal] de gobierno, como lo estipula dicha Parte en su Lista en el Anexo I [o III],
- II) A nivel [regional de gobierno] [estatal o provincial], [como lo estipula dicha Parte en su Lista en el Anexo I], o
- III) A nivel local de gobierno [como lo estipula dicha Parte en su Lista en el Anexo 1];

b) la continuación o pronta renovación de cualquier medida disconforme a que se refiere el literal a); o

c) la reforma de cualquier medida disconforme a que se refiere el literal a), siempre que dicha reforma no disminuya el grado de conformidad de la medida, tal como estaba en vigor inmediatamente antes de la reforma, con los artículos 4 (Trato nacional), 5 (Trato de nación más favorecida), 10 (Requisitos de desempeño), y 11 (Altos ejecutivos y Consejos de administración o directorios).

[cualquier medida incompatible que mantenga o adopte una Parte, sea cual fuere el nivel u orden de gobierno, en su Sección A (Medidas disconformes) del Anexo XX (Medidas disconformes y futuras) que deberá listarse a la entrada en vigor de este Acuerdo. La medida

³³ Las disposiciones pertinentes de esos artículos son las siguientes:

Artículo 51: «Los Países Miembros coordinarán sus planes de desarrollo en sectores específicos y armonizarán gradualmente sus políticas económicas y sociales, con la mira de llegar al desarrollo integrado del área, mediante acciones planificadas».

Artículo 52: Antes del 31 de diciembre de 1970 la Comisión, a propuesta de la Secretaría General, aprobará y someterá a la consideración de los Países Miembros un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y, entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías.»

³⁴ Consagrada por el artículo 48 del Acuerdo de Cartagena, según el cual «La Comunidad Andina es una organización subregional con personería o personalidad jurídica internacional».

que adopte una Parte no podrá ser más restrictiva que aquella existente al momento en que se dicte esa medida.]

16.2. Los artículos 4 (Trato nacional), 5 (Trato de nación más favorecida), 10 (Requisitos de desempeño), y 11 (Altos ejecutivos y Consejos de administración o directorios) no se aplican a cualquier medida que una Parte adopte o mantenga con respecto a los sectores, subsectores o actividades tal como se indica en [su Lista en el Anexo II] [Sección B (Medidas a futuro) del Anexo XX (Medidas disconformes y futuras) que deberá listarse a partir de la entrada en vigor de este Acuerdo].

16.3. Ninguna Parte podrá exigir, de conformidad con cualquier medida adoptada después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo y comprendida en su Lista del Anexo II, a un inversionista de otra Parte, por razón de su nacionalidad, que venda o disponga de alguna otra manera de una inversión existente al momento en que la medida cobre vigencia.

[16.4. El artículo 5 (Trato de nación más favorecida) no es aplicable al trato otorgado por una de las Partes de conformidad con los tratados, o con respecto a los sectores, estipulados en su lista [del Anexo XX (Excepciones al trato de nación más favorecida)] [del Anexo IV] [a partir de la entrada en vigor de este Acuerdo].]

16.5. Los artículos 4 (Trato nacional) y 5 (Trato de nación más favorecida) no se aplican a cualquier medida que constituya una excepción o derogación a las obligaciones conforme [al Acuerdo ADPIC] [al artículo XX (Trato nacional) del Capítulo XX (Derechos de Propiedad Intelectual)] según lo dispone ese [Acuerdo] [artículo].

16.6. Los artículos 4 (Trato nacional), 5 (Trato de nación más favorecida) y 11 (Altos ejecutivos y Consejos de administración o directorios), no se aplican a:

a) [la contratación pública][compras realizadas por una Parte o por una empresa del Estado];
o

b) los subsidios o donaciones otorgados por una Parte [o por una empresa del Estado], incluidos los préstamos, garantías y seguros apoyados por el gobierno [, salvo por lo dispuesto en el artículo 14 (Compensación por pérdidas).]

[16.7. Los artículos 4 (Trato nacional), 5 (Trato de nación más favorecida), 10 (Requisitos de desempeño) y 11 (Altos ejecutivos y Consejos de administración o directorios) no se aplican con respecto a las atribuciones que se ejercen de conformidad con regímenes especiales o voluntarios de inversión.20]]

[16.1. Las Partes podrán presentar reservas en relación a las disposiciones y definiciones específicas de este Acuerdo. Las Partes además podrán presentar, en lista anexa al Acuerdo, excepciones específicas con el objetivo de excluir medidas y/o sectores de actividad económica de la aplicación de las disposiciones del Acuerdo. Para la presentación de las listas de excepciones específicas de cada país y, a fin de asegurar la necesaria transparencia, serán aplicados los siguientes criterios:

a) Sector en el cual será aplicada la excepción;

b) Sub-sector;

c) Obligaciones específicas que quedarán exceptuadas;

- d) Naturaleza y especificación de la medida (Ley, reglamento, regla, decisión, o equivalente);
- e) Descripción sucinta de la medida.

[16.1. Las Partes podrán mantener medidas incompatibles con las disposiciones generales del presente Capítulo o que ofrezcan trato especial a sectores particulares de su economía, incluyendo actividades reservadas al Estado, en consideración de objetivos de desarrollo nacional. Dichas reservas serán enumeradas en una lista que figurará como Anexo al Capítulo de una forma que será acordada por las Partes. Las Partes iniciarán negociaciones para eliminar algunas o todas estas reservas en un plazo de tres (3) años de la entrada en vigor del Acuerdo. Las economías más pequeñas tendrán la potestad de mantener dichas reservas mientras sea necesario con el fin de lograr sus objetivos de desarrollo nacional y podrán eliminar las reservas a un ritmo más lento que el de las otras Partes.

16.2. Las economías más pequeñas podrán mantener las reservas que sean necesarias para alcanzar sus objetivos de desarrollo nacional, incluidos aquellos destinados a proteger a las pequeñas empresas y a las industrias sensibles, y podrán retirar tales reservas a un ritmo más lento que otras Partes.]

Respecto de estas propuestas de disposiciones del Acuerdo del ALCA tenemos los siguientes comentarios:

- a) Es aplicable a estas propuestas lo expresado anteriormente, en cuanto a la compatibilidad de las listas de sectores o actividades excluidas del trato nacional, con la normativa andina y con los ordenamientos jurídicos nacionales:
- b) Las siguientes disposiciones contenidas en esas propuestas del Acuerdo del ALCA no están presentes en los APPIs de los Países Miembros y, por tanto, su compatibilidad con las normas comunitarias y con las de dichos Países debe ser analizada:

l) Exclusiones del trato nacional en relación a la protección de la Propiedad Intelectual:

Se proponen exclusiones del trato nacional en relación a la protección de la propiedad intelectual, sea en relación a medidas que constituyan excepciones o derogaciones a las obligaciones contraídas conforme al Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), de la Organización Mundial del Comercio, sea en relación a medidas que constituyan excepciones o derogaciones a las obligaciones contraídas conforme a las normas sobre Propiedad Intelectual del propio Acuerdo del ALCA.

En el Acuerdo sobre los ADPIC se consagra el trato nacional en los siguientes términos:

«1. Cada Miembro concederá a los nacionales de los demás Miembros un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios nacionales con respecto a la protección de la propiedad intelectual, a reserva de las excepciones ya previstas en, respectivamente, el Convenio de París (1967), el Convenio de Berna (1971), la Convención de Roma o el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados. En lo que concierne a los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, esta obligación sólo se aplica a los derechos previstos en el presente Acuerdo. Todo Miembro que se valga de las posibilidades estipuladas en el artículo 6 del Convenio de Berna (1971) o en el párrafo 1 b) del artículo 16 de la Convención de Roma lo notificará según lo previsto en esas disposiciones al Consejo de los ADPIC.

2. Los Miembros podrán recurrir a las excepciones permitidas en el párrafo 1 en relación con los procedimientos judiciales y administrativos, incluida la designación de un domicilio legal o el nombramiento de un agente dentro de la jurisdicción de un Miembro, solamente cuando tales excepciones sean necesarias para conseguir el cumplimiento de leyes y reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, y cuando tales prácticas no se apliquen de manera que constituya una restricción encubierta del comercio.»

Como se observa, el ADPIC, del cual todos los Países Miembros de la CAN son a su vez Miembros, prevé un régimen especial de trato nacional respecto de los distintos derechos de propiedad intelectual allí regulados. Por su parte, la Decisión 486 de la CAN establece el trato nacional en los siguientes términos:

«Artículo 1.- Con respecto a la protección de la propiedad industrial, cada País Miembro concederá a los nacionales de los demás miembros de la Comunidad Andina, de la Organización Mundial del Comercio y del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios nacionales, a reserva de lo previsto en los artículos 3 y 5 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), y en el artículo 2 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial.

Asimismo, podrán conceder dicho trato a los nacionales de un tercer país, bajo las condiciones que prevea la legislación interna del respectivo País Miembro.»

Y por lo que hace al derecho de autor, la Decisión 351 prevé:

«Artículo 2.- Cada País Miembro concederá a los nacionales de otro país, una protección no menos favorable que la reconocida a sus propios nacionales en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos.»

Entendemos por tanto que, tratándose de normas incorporadas al ordenamiento interno de todos los Países Miembros, tanto en cuanto a su regulación como en lo relativo a sus excepciones, así como al ordenamiento comunitario en la forma que se ha expresado, las exclusiones que se prevean respecto de la regla general de trato nacional en lo relativo a inversiones deben guardar plena coherencia con lo previsto en el ADPIC y en el ordenamiento comunitario. De ser así, como parece serlo, puesto que se propone la traslación al ámbito de la normativa sobre inversión del régimen de excepciones al trato nacional previsto en el ADPIC, no vemos objeciones a la adopción de esas excepciones por la CAN o por los Países Miembros.

El análisis de las disposiciones contenidas en el Proyecto de Acuerdo del ALCA sobre Propiedad Intelectual excede de los límites de este estudio. Nos limitaremos a señalar que si las mismas son compatibles con lo previsto en el ADPIC y en las Decisiones comunitarias, no vemos inconveniente jurídico para su aceptación en el ámbito de la normativa sobre inversiones.

II). Exclusiones del trato nacional en lo relativo a las compras del Sector Público:

Se propone que la regulación sobre trato nacional no se aplique a la contratación pública, en general, o específicamente, a las compras realizadas por una Parte o por una empresa del Estado.

Sobre este punto debemos señalar primeramente que no hay normas andinas sobre la materia, por lo que la adopción de una excepción como la propuesta no impactaría sobre disposiciones andinas específicamente relativas a la contratación pública o a las compras del Estado o de una empresa del Estado.

Sin embargo, aun cuando no hay una regulación andina sobre contratación pública o compras del Estado o de empresas del Estado, entendemos que salvo que se haga una excepción expresa, esos temas quedarán sujetos a la aplicación de la norma general sobre trato nacional, considerando que esa aplicación se extendería a la «...expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones...», como se ha indicado anteriormente, y esas expresiones generales abarcarían a la contratación con el Estado, incluyendo a las compras que éste o sus empresas hicieran. Por consiguiente, si se desea mantener algún trato más favorable a las inversiones e inversionistas nacionales en relación con esa contratación o esas compras, pareciera conveniente establecer una excepción expresa. Adicionalmente, esa excepción podría permitir mantener el trato preferencial previsto en la Decisión 292 a favor de las EMAs en cuanto a las adquisiciones de bienes o servicios por parte del Sector Público.

III) Exclusiones del trato nacional en lo relativo a los subsidios o donaciones otorgados por una Parte o por una empresa del Estado:

Se propone excluir del trato nacional a los subsidios o donaciones otorgados por una Parte o por una empresa del Estado, incluidos los préstamos, garantías y seguros apoyados por el gobierno, salvo en cuanto a la compensación por pérdidas. Al respecto, notamos en primer lugar que, tal como en el punto anterior, no hay normas específicas en el ordenamiento andino sobre la extensión o no a empresas u operaciones extranjeras de los subsidios o donaciones que un País Miembro o una empresa del Estado de un País Miembro otorguen, por lo que también respecto de este tema sería aplicable el principio general de trato nacional.

Por lo que respecta a los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros, notamos que el artículo 11 de la Ley de Inversiones de Bolivia prevé que «Los inversionistas nacionales y extranjeros podrán acogerse a los incentivos otorgados por el Gobierno Nacional»; que la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones les garantiza a las inversiones extranjeras el «...libre acceso a los mecanismos de promoción, asistencia técnica, cooperación y similares, en las mismas condiciones previstas para las empresas nacionales»; que en Perú el artículo 2° del Decreto Legislativo 662 establece que «Los inversionistas extranjeros y las empresas en las que éstos participan tienen los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y empresas nacionales, sin más excepciones que las que establecen la Constitución Política del Perú y las disposiciones del presente Decreto Legislativo. En ningún caso el ordenamiento jurídico nacional discriminará entre inversionistas ni entre empresas en función a la participación nacional o extranjera en las inversiones» y que en Venezuela el artículo 15 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones pauta que el Ejecutivo Nacional puede prever que el disfrute de los beneficios o incentivos que establezca a las inversiones que se realicen en determinadas ramas o sectores económicos sean únicamente para inversiones o inversionistas venezolanos.

Como se observa, en los Países Miembros donde esta materia ha sido regulada se prevé que tanto las inversiones e inversionistas nacionales como los extranjeros puedan acceder a los incentivos, beneficios o mecanismos de promoción que establezca el Estado. Naturalmente, cabría determinar si esos incentivos, beneficios o mecanismos de promoción son «subsidios o donaciones», lo cual requeriría de un análisis caso por caso de dichos incentivos, beneficios o mecanismos de promoción, lo cual excede de los límites de este

Informe. Pero en todo caso, pareciera que la exclusión de las inversiones e inversionistas extranjeros, del trato nacional en materia de acceso a subsidios y donaciones, no se ajustaría al principio seguido por los Países Miembros que han establecido normas sobre esta materia.

IV) Exclusiones del trato nacional en lo relativo a regímenes especiales o voluntarios de inversión:

Una propuesta plantea excluir del trato nacional a «...las atribuciones que se ejercen de conformidad con regímenes especiales o voluntarios de inversión».

No está claro cuáles serían los regímenes especiales o voluntarios de inversión a los que esta norma se referiría. Observamos sin embargo que la normativa andina no hace referencia a «regímenes especiales o voluntarios de inversión», aunque sujeta el trato nacional a lo previsto en las legislaciones de los Países Miembros en los que se haga la inversión. No hemos encontrado, en nuestra revisión de esas legislaciones, definiciones de «regímenes especiales o voluntarios de inversión», aunque es claro que, como se ha señalado en la parte II de este Informe, algunos Países Miembros someten a algunos sectores de su actividad económica, o a algunas actividades de inversión, a normas distintas que las aplicables a la generalidad de los sectores e inversiones. En ausencia de mayores precisiones sobre los regímenes especiales o voluntarios a que se refiere esta propuesta, nos remitimos a los comentarios anteriormente expuestos acerca de la aplicación general de la regla de trato nacional en ausencia de excepciones expresas.

V) Situación de las economías más pequeñas:

Hay dos propuestas que, con idéntico texto, plantean que «Las economías más pequeñas podrán mantener las reservas que sean necesarias para alcanzar sus objetivos de desarrollo nacional, incluidos aquellos destinados a proteger a las pequeñas empresas y a las industrias sensibles, y podrán retirar tales reservas a un ritmo más lento que otras Partes». En una de esas propuestas esta redacción sigue a una disposición según la cual «Las Partes podrán mantener medidas incompatibles con las disposiciones generales del presente Capítulo o que ofrezcan trato especial a sectores particulares de su economía, incluyendo actividades reservadas al Estado, en consideración de objetivos de desarrollo nacional. Dichas reservas serán enumeradas en una lista que figurará como Anexo al Capítulo de una forma que será acordada por las Partes. Las Partes iniciarán negociaciones para eliminar algunas o todas estas reservas en un plazo de tres (3) años de la entrada en vigor del Acuerdo».

Observamos sobre este asunto que el establecimiento de tratos preferenciales a favor de las economías más pequeñas que formen parte de un acuerdo de integración sería compatible con los principios que en esa materia inspiran al Acuerdo de Cartagena, que regula expresamente en su Capítulo XIII el trato más favorable a Bolivia y el Ecuador. Incluso, en la normativa sobre inversiones, notamos que la Disposición Transitoria Segunda de la Decisión 291 establece que «Cuando se trate de proyectos que correspondan a productos reservados o asignados en forma exclusiva a Ecuador, los cuatro países restantes se comprometen a no registrar inversión extranjera directa en sus territorios», lo que es una nueva muestra del trato especial a ese País Miembro.

4. TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA (NMF):

El trato NMF es uno de los de mayor arraigo en la regulación del comercio internacional. Este trato ha sido ampliamente adoptado en las normas sobre inversión de los distintos países y en numerosos APPIs. Sin embargo, ni el Acuerdo de Cartagena ni las distintas

Decisiones que la CAN ha dictado en materia de inversiones contienen previsiones sobre el trato NMF. Debemos hacer notar, sin embargo, que la Decisión 439, contentiva del Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios prevé en su artículo 7 que «Cada País Miembro otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás Países Miembros, un trato no menos favorable que el concedido a los servicios y prestadores de servicios similares de cualquier otro país, miembro o no de la Comunidad Andina...». Esta regla de trato NMF es aplicable a los servicios y prestadores de servicios que suministren servicios por conducto de la presencia comercial de empresas prestadoras de servicios de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro, y sujeta a las reglas, incluyendo las excepciones y negociaciones previstos en esa Decisión, y que serán objeto de análisis detallado posteriormente.

La norma común más amplia a este respecto entre los Países Miembros es la contenida en el artículo 48 del Tratado de Montevideo 1980, por el cual se crea la ALADI. Allí se establece que «Los capitales procedentes de los países miembros de la Asociación gozarán en el territorio de los otros países miembros de un tratamiento no menos favorable que aquel que se concede a los capitales provenientes de cualquier otro país no miembro, sin perjuicio de las previsiones de los acuerdos que puedan celebrar en esta materia los países miembros, en los términos del presente Tratado.»

En consecuencia, entre todos los países miembros de ALADI, incluyendo los pertenecientes a la CAN, rige esta regla de trato NMF según la cual el trato que concedan a los capitales de un país miembro de la ALADI no será menos favorable que el otorgado a los capitales provenientes de cualquier otro país no miembro. Los países miembros de ALADI pueden acordar, entre ellos, tratos diferentes sobre esta materia.

En los APPIs de los Países Miembros encontramos repetidamente disposiciones que consagran el trato NMF, usualmente en términos según los cuales cada Parte se compromete a tratar a las inversiones de inversionistas de la otra Parte, y a esos inversionistas, de una manera no menos favorable que como trata a las inversiones e inversionistas de cualquier otro país. Generalmente se combina en la misma norma con otros estándares, tales como el régimen de trato nacional, el de plena protección o el de trato justo y equitativo y se aplica a inversiones que estén en «situaciones similares». En muchas ocasiones se establece que el trato que se debe proveer es el que resulte más favorable a las inversiones e inversionistas. Se excluyen del trato NMF a las ventajas especiales, denominadas «privilegios» en otros APPIs, otorgados en acuerdos para evitar la doble tributación, o en otros acuerdos sobre asuntos tributarios, así como a las ventajas o privilegios que se acuerde a las inversiones e inversionistas de terceros Estados en virtud de su participación o asociación a zonas de libre comercio, uniones aduaneras o mercados comunes, o acuerdos internacionales similares para la asistencia mutua u otras formas de cooperación regional. En algunos APPIs hay listas de excepciones al trato NMF.

Podemos concluir por tanto que el trato NMF es una característica de los APPI de los Países Miembros y, aún más allá, de la normativa regional de integración latinoamericana en materia de capitales. La existencia de este trato NMF implica que las ventajas que un País Miembro de la CAN haya otorgado a la otra Parte en un APPI que haya suscrito, se extiende a todos los demás países con los que ese País Miembro tenga vigentes APPIs, o acuerdos comerciales que regulen el tema de inversiones. Se extiende, además, a todos los países miembros de la ALADI.

Ahora bien, en el Artículo 5 del Proyecto de Acuerdo del ALCA se plantean las siguientes propuestas sobre trato NMF:

[5.1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte, un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier Estado no Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones en su territorio. Cada Parte otorgará [a las inversiones cubiertas] [a las inversiones de inversionistas de otra Parte] un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier Estado no Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.]

[5.1. Cada Parte otorgará a las inversiones de los inversionistas de las otras Partes efectuadas en su territorio, un trato no menos favorable que aquel otorgado [en circunstancias similares] a las inversiones de los inversionistas de Estados no Parte.]

[5.2. Al tiempo que se reconoce la generalidad del principio NMF, la economía más pequeña podrá eximirse del mismo en aquellas circunstancias donde extienda el trato más favorable a los inversionistas/inversiones de otras economías más pequeñas en el Hemisferio.]

[5.3. El trato que otorgue una Parte de conformidad con el párrafo 5.1 significa, respecto a un estado o provincia, un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese estado o provincia otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas y a las inversiones de inversionistas de cualquier otra Parte o de un Estado no Parte.]

Observamos al respecto que las dos primeras redacciones copiadas pretenden delimitar en general la aplicación del trato NMF, en tanto que las otras dos atienden a aspectos puntuales de ese trato. La primera fórmula planteada cubre, aunque en diferentes oraciones, tanto a los inversionistas de otra Parte como a las inversiones de inversionistas de otra Parte, requiriéndose un trato no menos favorable que el otorgado a los inversionistas – e inversiones en su caso – de cualquier otra Parte o de cualquier Estado no Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones. La segunda fórmula, por el contrario, se refiere únicamente a las inversiones de los inversionistas de las otras Partes y la comparación para determinar el trato NMF que esas inversiones deben recibir, se haría únicamente con respecto al trato otorgado a las inversiones de los inversionistas de Estados no Parte. En esta última redacción el trato NMF no cubriría la etapa de establecimiento de la inversión, ni las etapas previas a ese establecimiento.

El estudio de las normas regionales y andinas que hemos anotado anteriormente, nos lleva a concluir que el trato NMF allí previsto abarca claramente a las inversiones, pero no hay mención expresa de los inversionistas (salvo que mediante una interpretación extensiva, que no compartimos, se entienda que la referencia a los «capitales» que hace el artículo 44 del Tratado de Montevideo 80 abarca al trato a los tenedores de esos capitales, o que la mención a los «prestadores de servicios» contenida en la Decisión 439 abarca a los inversionistas, por ser estos mismos los prestadores de servicios).

Sin embargo, en los APPIs de los Países Miembros encontramos las siguientes situaciones:

- En el caso de los APPIs de Bolivia, el trato NMF es otorgado a inversiones y a inversionistas, sea en forma expresa, como ocurre en el Capítulo sobre Inversión del Tratado de Libre Comercio México – Bolivia, sea en forma implícita, como ocurre en los APPIs de Bolivia

con Argentina, Chile y Ecuador, en los que, si bien la norma que regula el trato NMF se refiere únicamente a las inversiones, a renglón seguido se excluyen de ese trato a los privilegios concedidos a los inversionistas como consecuencia de la participación en acuerdos de integración o en acuerdos en materia de impuestos. En nuestra opinión, la exclusión del trato NMF respecto de ciertos privilegios otorgados a los inversionistas sólo tiene sentido cuando los inversionistas disfrutan, en general, del trato NMF.

- En el caso de Colombia, los APPIs analizados otorgan trato NMF tanto a las inversiones como a los inversionistas:
- En el caso de Ecuador, el trato NMF es otorgado a los inversionistas o posibles inversionistas, antes del establecimiento de la inversión, en relación a ese establecimiento, en el APPIs entre Ecuador y Canadá. En ese APPIs se otorga trato NMF, luego del establecimiento de la inversión, tanto a las inversiones como a los inversionistas. En otros APPI de Ecuador se plantea la misma situación arriba comentada respecto de los APPIs de Bolivia, en el sentido de que la norma se refiere únicamente a las inversiones, pero hay exclusiones del trato NMF respecto de ciertos privilegios otorgados a los inversionistas.
- En el caso del Perú, encontramos tanto APPIs que expresamente otorgan el trato NMF a las inversiones y a los inversionistas, como APPIs en los que se encuentra la situación antes anotada en cuanto a los acuerdos de este tipo de Bolivia y el Ecuador. Esta misma situación se repite en el caso de los APPIs de Venezuela.

Como se observa, el trato NMF consagrado en los APPIs de los Países Miembros abarca claramente a las inversiones y a los inversionistas, sea de manera expresa o implícita respecto de estos últimos. Por consiguiente, la fórmula propuesta en el ALCA que reconoce ese trato a las inversiones y a los inversionistas pareciera ser la que mejor se adapta a los principios seguidos por los Países Miembros de la CAN a este respecto.

Debemos hacer notar, sin embargo, que en esa redacción se incluye al establecimiento de la inversión entre las etapas que estarán cubiertas por el trato NMF. Consideramos aplicables a este respecto los comentarios anteriormente formulados respecto de la propuesta de extensión del trato nacional a la etapa del establecimiento de las inversiones.

La tercera fórmula propuesta autorizaría a la economía más pequeña a eximirse del trato NMF cuando extienda a otras economías aún más pequeñas un trato más favorable. Se trataría de una excepción al principio de trato NMF, que se aplica a todos los aspectos del trato a la inversión y al inversionista. Como hemos indicado anteriormente, el trato especial y diferenciado a favor de los países de menor desarrollo no es extraño al ordenamiento jurídico andino, si bien no hay disposición alguna que sustente una excepción al trato NMF tan general como lo aquí analizada. Por otra parte, esta excepción sería contradictoria con la cláusula NMF contenida en el Tratado de Montevideo 1980.

La cuarta propuesta planteada respecto del trato NMF se refiere a la aplicación del trato NMF por parte de Estados federales o de otras formas de gobierno territorial. Consideramos aplicables a esta propuesta los comentarios anteriormente formulados respecto de una disposición similar en la regulación del trato nacional.

En conclusión, estimamos que el trato NMF propuesto en el ALCA es cónsono con la normativa andina y regional sobre inversiones y que la propuesta de trato NMF que abarca tanto inversiones como inversionistas es la que mejor se adapta a lo establecido en los APPIs de los Países Miembros. Se deja a salvo lo relativo a la extensión del trato NMF a la etapa del establecimiento de la inversión.

Corresponde analizar algunos aspectos particulares del trato propuesto en el ALCA:

a) Excepciones al trato NMF:

- Acuerdos de integración y en materia tributaria: Se plantea en diversas propuestas que se excluya del trato NMF a los privilegios, ventajas o beneficios («tratos especiales», en otra redacción), otorgados al inversionista y a la inversión en virtud de acuerdos de integración y de acuerdos para evitar la doble tributación y, en general, acuerdos en materia tributaria. Respecto de estas excepciones, la revisión de los APPIs de los Países Miembros nos muestra que esos privilegios, ventajas o beneficios son usualmente excluidos del trato NMF otorgado por esos APPIs, por lo que estimamos que la exclusión propuesta es cónsona con los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros. Además, la excepción a favor de los tratos especiales concedidos en virtud de acuerdos de integración permitiría excluir del trato NMF a los tratos preferenciales otorgados por las Decisiones 291 y 292 a favor de los inversionistas subregionales y de las EMAs, respectivamente.
- Acuerdos para facilitar relaciones fronteras: Se plantea asimismo que se exceptúe del trato NMF a los privilegios, ventajas o beneficios que se deriven de acuerdos destinados a facilitar las relaciones fronteras. Esta exclusión parece conforme con la intención de la CAN de potenciar el desarrollo fronterizo entre sus Países Miembros, en circunstancias en las que éstos tienen fronteras con países extrasubregionales, en las cuales no se prevé la aplicación de esos mecanismos comunitarios. Nótese al respecto que el artículo 3 de la Decisión 459, contentiva de la Política Comunitaria para la Integración y el Desarrollo Fronterizos, prevé que «El objetivo fundamental de esta Política Comunitaria es elevar la calidad de vida de las poblaciones y el desarrollo de sus instituciones, dentro de los ámbitos territoriales fronterizos entre los Países Miembros de la Subregión». Y si la CAN ha decidido establecer políticas específicas para el desarrollo en las zonas fronteras entre sus Países Miembros, parecería ser contrario a esa política la extensión del trato NMF, respecto de las ventajas o privilegios que pudieren haberse establecido en beneficio de esas zonas fronteras, a fronteras con países no miembros de la CAN. Otro aspecto de esta situación tendría relación con los posibles acuerdos que los Países Miembros hubieren alcanzado con países limítrofes, no cubiertos por acuerdos de integración. En estos casos, pareciera también conforme con los principios que inspiran la política comunitaria en esta materia, el que si se acuerdan esos privilegios, ventajas o beneficios en relación con la frontera con un país limítrofe, atendiendo naturalmente a las características de esa frontera y a las relaciones entre los dos Estados que establecen esos privilegios, ventajas o beneficios, éstos no se extiendan a terceros países.

En consecuencia, estimamos conforme con los principios que inspiran la política comunitaria en materia de fronteras, el que se exceptúen del trato NMF a los privilegios, ventajas o beneficios otorgados en virtud de un acuerdo destinado a facilitar las relaciones fronteras.

- Coexistencia del ALCA con acuerdos bilaterales y subregionales: Se plantea en una propuesta que «En la aplicación del principio de la nación más favorecida se tendrá en cuenta el punto f. de los Principios Generales del Anexo I de la Declaración Ministerial de San José: «El ALCA puede coexistir con acuerdos bilaterales y subregionales, en la

medida que los derechos y obligaciones bajo tales acuerdos no estén cubiertos o excedan los derechos y obligaciones del ALCA».

No parece evidente la pertinencia de esta propuesta, ya que el problema de la relación entre el ALCA y los acuerdos bilaterales y subregionales excede del ámbito del trato NMF y es de la esencia de ese Acuerdo, siendo evidente que en la interpretación y aplicación de todo su articulado, incluyendo el relativo al trato NMF, pero no limitado a ese trato, deberá tenerse en cuenta la regulación de la coexistencia del ALCA con los acuerdos bilaterales y subregionales.

- Listas de excepciones al trato NMF: De manera similar a como se hace en el caso del trato nacional, se plantea el que los miembros del ALCA listen las disposiciones disconformes con el trato NMF, asunto este respecto del cual consideramos aplicables, «mutatis mutandi», los comentarios formulados respecto de esta materia al discutir el trato nacional, incluidos los relativos a las excepciones referidas a la propiedad intelectual, la contratación pública, las compras de una Parte o de una empresa del Estado, los subsidios o donaciones y las atribuciones que se ejercen de conformidad con regímenes especiales o voluntarios de inversión.

Por lo que hace a las disposiciones sobre trato NMF contenidas en el TLC entre Chile y los Estados Unidos, observamos que el artículo 10.3 de ese Tratado prevé lo siguiente:

«1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier 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.

2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de inversionistas de cualquier país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones.»

El análisis de esta disposición nos permite afirmar su compatibilidad con el trato NMF contenido en los APPIs de los Países Miembros y en las normas andinas y regional que hemos mencionado anteriormente, con excepción de la extensión del trato NMF a la etapa del establecimiento de la inversión.

5. EXPROPIACIONES, NACIONALIZACIONES Y OTROS ACTOS QUE AFECTEN EL EJERCICIO PLENO DEL DERECHO DE PROPIEDAD POR PARTE DEL INVERSIONISTA:

Respecto de esta materia, observamos que no hay una normativa andina, y ni aun regional en ALADI, sobre expropiaciones, nacionalizaciones y otros actos que afecten el ejercicio pleno del derecho de propiedad por parte del inversionista. Sin embargo, como se ha indicado al analizar las Constituciones de los Países Miembros, éstos tienen disposiciones rectoras de las expropiaciones, limitándolas a las que sean necesarias por razones de interés público y previendo el pago de indemnizaciones. Un caso particular lo constituyó por un tiempo Colombia, cuya Constitución permitía la realización de expropiaciones sin compensación, pero esa situación fue solventada luego de una reforma a la Constitución de ese país.

En los APPIs de los Países Miembros se incluyen disposiciones sobre este tema, sobre la base de los siguientes elementos:

- Derecho de los Estados de realizar expropiaciones o imponer medidas equivalentes
- Sujeción de esas expropiaciones o medidas equivalentes al debido proceso legal;
- Limitación de las razones por las cuales pueden hacerse expropiaciones, o adoptarse medidas equivalentes, a las de utilidad pública o interés social, si bien en algunos casos se extiende a otros supuestos, como el de seguridad nacional (APPIs entre Perú y Argentina y Perú y Colombia), o a los motivos indicados en las Constituciones de las Partes;
- Observancia del principio de no discriminación al realizar la expropiación o adoptar la medida equivalente;
- Pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva. Si bien esta es la redacción encontrada en la gran mayoría de los APPIs de los Países Miembros, hacemos notar que en algunos APPIs se sustituye la palabra «pronta» por «inmediata» y en otros por «oportuna». En dos de los APPIs (Perú – Paraguay y Ecuador – Paraguay) analizados se califica a la indemnización tan sólo como «justa»;
- Determinación del monto de la indemnización sobre la base del valor de la inversión expropiada o sujeta a medidas equivalentes, inmediatamente antes de conocerse la expropiación o la medida equivalente;
- Inclusión en la indemnización de los intereses desde la fecha de la expropiación o de la medida equivalente. Aunque hay diferencias entre los APPIs sobre la forma en que se determinaría la tasa de interés (se prevé «tasa de interés comercial», «tipo usual de interés bancario», «tasa comercialmente justificada», «tasa comercial vigente en el mercado», «tipo de interés comercialmente razonable», etc.), parece claro que se acepta que la indemnización debe incluir intereses a una tasa que no perjudique irrazonablemente al inversionista objeto de la medida;
- Abono de la indemnización sin demora y libre transferibilidad de la misma, que deberá ser realizable;
- La posibilidad de someter la legalidad de la expropiación o de las medidas equivalentes a revisión por procedimientos judiciales conforme a las leyes del país donde se realizan la expropiación o las medidas equivalentes.

Entendemos que ese conjunto de elementos determina el tipo de normativa sobre expropiaciones y medidas equivalentes que sería cónsona con los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros sobre esta materia.

En el Proyecto de Acuerdo del ALCA se plantean, en el artículo 13, las siguientes propuestas sobre este tema:

«[13.1. Ninguna Parte podrá expropiar ni nacionalizar [, directa o indirectamente,] una inversión [cubierta] [de un inversionista de otra Parte en su territorio o adoptar una] [ya sea directa o indirectamente mediante] medida [s] equivalentes a la expropiación o nacionalización («expropiación») salvo que sea:

- a) Por causa de utilidad pública [tales como razones de orden público e interés social] [, conforme a lo dispuesto en el anexo a este artículo] [de conformidad con lo dispuesto en la legislación nacional de las Partes];
- b) Sobre bases no discriminatorias;
- c) Con apego al [principio de legalidad y] debido proceso y al artículo 9 (Nivel mínimo de trato); y
- d) Mediante indemnización conforme con los párrafos 13.2, 13.3 y 13.4.

13.2. La indemnización deberá:

- a) Ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes que la expropiación se haya llevado a cabo («fecha de expropiación»);
- b) No reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. [Los criterios de valuación podrán incluir el valor corriente, el valor activo, incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles, así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado];
- c) Ser pagada sin demora; y
- d) Ser completamente liquidable y libremente transferible, como está estipulado en el artículo 12 (Transferencias).

[13.3. La cantidad pagada por concepto de indemnización no podrá ser inferior a la cantidad equivalente que de acuerdo al tipo de cambio vigente en la fecha de determinación del justo valor de mercado, se hubiera pagado en dicha fecha al inversionista expropiado, en la moneda de libre convertibilidad en el mercado financiero internacional. La indemnización incluirá el pago de intereses calculados desde el día en que el inversionista ha sido desposeionado de la inversión expropiada hasta el día del pago, los que serán calculados sobre la base de una tasa pasiva o de captación promedio para dicha moneda del sistema bancario nacional de la Parte donde se efectúa la expropiación.]

[13.3. Si el valor justo de mercado es denominado en una moneda de libre uso [o una moneda G7], la indemnización pagada no será inferior al valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, más los intereses a una tasa comercialmente razonable [los que serán calculados sobre la base de una tasa pasiva o de captación promedio para dicha moneda del sistema bancario nacional de la Parte donde se efectúa la expropiación] por esa moneda, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.]

[13.4. En caso de que el valor justo de mercado se determine en una moneda que no sea de libre uso [o una moneda G7], la indemnización pagada – convertida a la moneda en que se efectúe el pago al tipo de cambio del mercado que prevalezca en la fecha en que se efectúe el pago – no será inferior a:

- a) El valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, convertida a una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en esa fecha; más
- b) Los intereses, a una tasa comercialmente razonable por esa moneda de libre uso, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.]

[13.5. Para los efectos de este Artículo y para mayor certeza no se considerará que una medida no discriminatoria de aplicación general es una medida equivalente a la expropiación de un valor de deuda o un préstamo cubiertos por este Capítulo, sólo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago de la deuda.]

[13.6. Este artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual [conforme con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)], o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos de propiedad intelectual en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea conforme con [el Acuerdo ADPIC] [el Capítulo XX (Derechos de Propiedad Intelectual)].]

[13.1. Ninguna de las Partes adoptará medidas de nacionalización o expropiación o cualquier otra medida del mismo efecto contra inversiones que se encuentren en su territorio y que pertenezcan a inversionistas de otras Partes, a menos que tales medidas sean adoptadas por motivos de utilidad pública o de interés social, sobre una base no discriminatoria y mediante el debido proceso legal. Las medidas serán acompañadas de disposiciones para el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.]

[13.1. Las inversiones o rendimientos de los inversionistas de una Parte no serán nacionalizadas, expropiadas o sujetas a medidas que tengan un efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación (en lo sucesivo «expropiación») en el territorio de otra Parte, salvo que sea por causa de utilidad pública, con apego a los principios de legalidad y del debido proceso, de una forma no discriminatoria y mediante compensación pronta, adecuada y efectiva. El monto de dicha indemnización ha de ser determinado mediante negociaciones entre la Parte en cuestión y el inversionista afectado e intentará proporcionar una compensación por la acción tomada.]

[13.1. Ninguna de las Partes expropiará, nacionalizará ni aplicará medidas con efectos equivalentes, a las inversiones de inversionistas de otra Parte que se encuentren establecidas en su territorio, salvo que tales medidas se adopten en los casos previstos en las Constituciones Políticas de las Partes, de conformidad con la Ley, de manera no discriminatoria y mediante pronta, adecuada y efectiva indemnización.]

[13.2. El monto de dicha compensación se basará en el valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes del momento en que la nacionalización o expropiación haya sido hecha pública e incluirá intereses desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.]

[13.2. La indemnización a que se refiere el párrafo anterior será equivalente al justo precio que la inversión tenga inmediatamente antes de que las medidas fueran adoptadas o antes de que las medidas se hicieran de conocimiento público, lo que ocurra primero e incluirá los intereses devengados entre la fecha de expropiación y la fecha de pago. Dicha indemnización será efectivamente realizable y su transferencia se realizará libremente en concordancia con el artículo 12 (Transferencias) del presente Capítulo.]

[13.3. Los pagos serán libremente transferibles al tipo de cambio vigente.]

[13.4. El inversionista afectado tendrá derecho, de conformidad con las leyes de la Parte que realiza la expropiación, a que se realice una pronta revisión de su caso y de la valuación de sus inversiones o rendimientos por parte de una autoridad judicial u otra autoridad independiente de esa Parte.]

[13.4. El inversionista cuya inversión fuera objeto de las medidas referidas en el presente artículo tendrá el derecho a la revisión de su caso y al monto de la indemnización por parte de las autoridades competentes de la Parte que la adoptó.]

[13.5. Si una Parte o una de sus agencias efectuara un pago a un inversionista de una Parte en virtud de una garantía o seguro para cubrir riesgos no comerciales de una inversión de ese inversionista, la Parte en cuyo territorio fue realizada la inversión reconocerá la validez de la subrogación a favor de la Parte o de una de sus agencias que hubiera efectuado tal pago, en los mismos derechos o título del inversionista, a fin de obtener el resarcimiento correspondiente.]

[13.6. Este artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual [con base en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)], o a la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea conforme con [el Acuerdo ADPIC [el Capítulo XX (Derechos de Propiedad Intelectual)].]

[13.7. Nada de lo dispuesto en este Acuerdo prohibirá que, de conformidad con la Ley y con finalidad de interés público o social, se establezcan monopolios como arbitrio rentístico, previa indemnización de los inversionistas que queden privados del ejercicio de una actividad económica lícita. A tal efecto se tendrá en cuenta lo previsto en este artículo.]

[13.8. En caso de expropiación en un momento de inminente crisis de cambio de divisas, podrá otorgarse flexibilidad a las economías más pequeñas con respecto al pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva y, por ende, a un plazo más largo para el pago, junto con la renuncia del pago de las tasas de interés durante la prórroga.]

Del análisis de estas disposiciones, encontramos que las diversas propuestas del ALCA son en lo esencial, compatibles con las antes indicadas características de la regulación de las expropiaciones y medidas equivalentes en los APPIs de los Países Miembros.

Son pertinentes, sin embargo, los siguientes comentarios:

- a) Determinación del monto de la indemnización mediante negociaciones: Se plantea en una propuesta que el monto de la indemnización sea «...determinado mediante negociaciones entre la Parte en cuestión y el inversionista afectado e intentará proporcionar una compensación por la acción tomada». Consideramos que esta fórmula no se correspondería con lo previsto en los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros, incluyendo sus APPIs. En esos ordenamientos no se prevé la negociación del monto de la indemnización con el inversionista afectado, si bien éste puede recurrir a mecanismos de revisión, incluso judicial, del monto de la indemnización.
- b) Tipo de cambio aplicable: Se sostiene en una propuesta que el tipo de cambio aplicable para el cálculo del monto de la indemnización sea el «vigente en la fecha de determinación del justo valor de mercado», mientras que otra propuesta no contiene disposición sobre esta materia, sino que sólo expresa que, para la transferencia de ese monto, se aplique el tipo de cambio vigente al momento en que se haga dicha transferencia. Sobre este particular, salvo en los APPIs suscritos por Bolivia y Ecuador con los Estados Unidos, los APPIs de los Países Miembros no contienen disposiciones

específicas sobre el tipo de cambio aplicable a la determinación de las indemnizaciones que deben ser pagadas al inversionista expropiado o sometido a medidas equivalentes. En los referidos APPIs de Bolivia y Ecuador con los Estados Unidos se adopta el tipo de cambio vigente a la fecha de la expropiación. Entendemos que en ausencia de esas disposiciones específicas, el tipo de cambio aplicable será el que se determine conforme a las normativas internas del País Miembro de que se trate. Ante esta situación, consideramos que, no pudiendo determinarse un estándar a nivel andino sobre esta materia, lo más conveniente sería dejar ese punto a la determinación de cada Estado que realiza la expropiación, como en el fondo se hace en la propuesta que no contiene una provisión específica sobre este tema.

- c) Expropiaciones y Propiedad Intelectual: Se plantea que la normativa sobre expropiaciones no se aplique a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, con base en el ADPIC, o a la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual en conformidad con el ADPIC o con el Capítulo del ALCA sobre Propiedad Intelectual. Consideramos pertinente el que se excluya de la regulación de las expropiaciones a las licencias obligatorias y a la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual, siempre que tanto las licencias obligatorias como la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual se ajusten a lo previsto en el ADPIC. De esta forma, esas licencias obligatorias y las revocaciones, limitaciones o creaciones de derechos de propiedad intelectual no serán consideradas como medidas equivalentes a una expropiación.
- d) Subrogaciones: Se prevé en una propuesta que «Si una Parte o una de sus agencias efectuara un pago a un inversionista de una Parte en virtud de una garantía o seguro para cubrir riesgos no comerciales de una inversión de ese inversionista, la Parte en cuyo territorio fue realizada la inversión reconocerá la validez de la subrogación a favor de la Parte o de una de sus agencias que hubiera efectuado tal pago, en los mismos derechos o título del inversionista, a fin de obtener el resarcimiento correspondiente». La revisión de los APPIs de los Países Miembros nos permite concluir que en ellos es usual el establecimiento de cláusulas que regulen las subrogaciones que haga una Parte, o un organismo o agencia de una Parte, en la posición del inversionista al que hace un pago en virtud de una garantía o contrato de seguro que hubiese suscrito en relación con una inversión cubierta por esos APPIs. En consecuencia, consideramos que esta propuesta se ajusta a la práctica seguida por los Países Miembros en sus APPIs.
- e) Monopolios como arbitrios rentísticos: Se propone que el Acuerdo del ALCA no prohíba que «...de conformidad con la Ley y con finalidad de interés público o social, se establezcan monopolios como arbitrio rentístico, previa indemnización de los inversionistas que queden privados del ejercicio de una actividad económica lícita. A tal efecto se tendrá en cuenta lo previsto en este artículo». Sobre este particular, consideramos que el sometimiento de los monopolios como arbitrio rentístico – figura que hemos encontrado en la legislación colombiana – a las previsiones de la normativa sobre expropiaciones contenida en el ALCA no contradice los principios generales de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros sobre este tema, por lo que no encontramos objeción a su aceptación.
- f) Economías más pequeñas y crisis de cambio de divisas: Se plantea en una propuesta que «En caso de expropiación en un momento de inminente crisis de cambio de divisas, podrá otorgarse flexibilidad a las economías más pequeñas con respecto al pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva y, por ende, a un plazo más largo para el pago, junto con la renuncia del pago de las tasas de interés durante la prórroga». Sobre este particular, aparte de reiterar la posición en general de la CAN a favor del reconocimiento de trato especial y diferenciado para los países de menor desarrollo económico, encontramos que no hay precedente en los APPIs de los Países Miembros

ni en sus legislaciones internas. Creemos que, de adoptarse esta fórmula, sería necesario precisar qué se entiende por «inminente crisis de cambio de divisas», puesto que pareciera que la disposición sería aplicable sólo antes de que surgiera una de tales crisis, pero que si la expropiación tiene lugar luego de que esa crisis se ha desatado, ya no sería aplicable esa flexibilidad. Por otra parte, si bien sería comprensible una extensión del plazo para el pago de una indemnización cuando el país expropiante confronta una crisis de cambio de divisas – cuya gravedad debería ser determinada previamente – no parece claro el por qué deba otorgarse flexibilidad en cuanto a la adecuación de la indemnización y al que ésta sea efectiva. Finalmente, por lo que hace a la renuncia de los intereses durante la prórroga, entendemos que la misma dependería de la decisión del inversionista objeto de la expropiación o medida equivalente que, como acreedor de esa indemnización, podría o no renunciar a los intereses.

Por lo que respecta al TLC entre Chile y los Estados Unidos, notamos que la expropiación es regulada en los siguientes términos:

«Artículo 10.9: Expropiación e indemnización

1. Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización («expropiación») salvo que sea:
 - a) Por causa de utilidad pública;
 - b) De una manera no discriminatoria;
 - c) Mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización, de acuerdo con los párrafos 2 a 4; y
 - d) Con apego al principio de debido proceso y al artículo 10.4(1) a (3).

2. La indemnización deberá:
 - a) Ser pagada sin demora;
 - b) Ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo («fecha de expropiación»);
 - c) No reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación; y
 - d) Ser completamente liquidable y libremente transferible.

3. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda de libre uso, la indemnización pagada no será inferior al valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, más los intereses a una tasa comercialmente razonable por esa moneda, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

4. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda que no es de libre uso, la indemnización pagada – convertida a la moneda del pago al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha del pago – no será inferior a:
 - a) El valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, convertida a una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en esa fecha, más
 - b) Los intereses, a una tasa comercialmente razonable por esa moneda de libre uso, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

5. Este artículo no se aplica a la entrega de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual conforme con el ADPIC, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha revocación, limitación o creación sea compatible con el Capítulo Diecisiete (Derechos de propiedad intelectual).»

El análisis de esta disposición y su comparación con los elementos antes determinados en relación a la regulación de las expropiaciones en los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros nos permite concluir que la regulación de las expropiaciones en el TLC entre Chile y los Estados Unidos es básicamente compatible con la regulación de esa materia en los Países Miembros, con las siguientes observaciones:

- a) Relación con los principios de «trato justo y equitativo» y de «protección plena»: La expropiación debe realizarse con apego a lo previsto en el artículo 10.4(1) a (3) de ese TLC, que prevé que «Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas», aclarándose luego que «Los conceptos de «trato justo y equitativo» y «protección y seguridad plenas» no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos sustantivos adicionales», y que la obligación de otorgar «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 que la «protección y seguridad plenas» exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.

A este respecto, observamos que en los APPIs de los Países Miembros, y en sus ordenamientos internos, se prevé la aplicación de los estándares del «trato justo y equitativo» y de la «protección plena», si bien no hay en ellos la precisión de su alcance que se hace en el TLC entre Chile y los Estados Unidos. Entendemos por tanto que la sujeción de las expropiaciones a esos estándares es cónsona con las disposiciones de los APPIs de los Países Miembros.

- b) Cambios en el valor de la inversión expropiada: Se prevé que la indemnización no debe «reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación». Sobre este particular, si bien no hay normas expresas en los APPIs de los Países Miembros, entendemos que es un corolario de la disposición que en términos generales señala que la indemnización equivaldrá al valor de mercado inmediatamente antes de conocerse la expropiación o la medida equivalente, que es una redacción usualmente presente en los mencionados APPIs. En efecto, la intención de los Países Miembros pareciera ser la de evitar que el conocimiento de que se ha producido, o se va a producir, una expropiación, afecte al valor del bien expropiado y, por consiguiente, a la indemnización a que tiene derecho su propietario. Por tanto, consideramos que la inclusión de una disposición expresa en este sentido, como se hace en el TLC entre Chile y los Estados Unidos, no es contraria a los principios que inspiran el trato a las expropiaciones en los Países Miembros.
- c) Tipo de cambio aplicable al cálculo de la indemnización: Se prevé que «Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda que no es de libre uso, la indemnización pagada – convertida a la moneda del pago al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha del pago – no será inferior a: a) el valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, convertida a una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en esa fecha...». Son aplicables a este respecto los comentarios formulados al

analizar una propuesta similar en el Proyecto de Acuerdo del ALCA.

- d) Expropiaciones indirectas: El TLC entre Chile y los Estados Unidos contiene un anexo, identificado como «10-D», sobre expropiación, en el que las Partes confirman su común entendimiento de que:
1. El artículo 10.9(1) intenta reflejar el derecho internacional consuetudinario concerniente a la obligación de los Estados con respecto a la expropiación.
 2. Un acto o una serie de actos de una Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión.
 3. El artículo 10.9(1) aborda dos situaciones. La primera es la expropiación directa, en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio.
 4. La segunda situación abordada por el artículo 10.9(1) es la expropiación indirecta, en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.
 - (a) La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye o no una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso a caso, que considere entre otros factores:
 - I) El impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, 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 en la inversión; y
 - III) El carácter de la acción gubernamental.
 - (b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.»

Respecto de estas precisiones acerca del alcance de las expropiaciones indirectas, o medidas equivalentes a una expropiación, sin precedentes ni en la normativa regional, ni en la andina, ni en los APPIs de los Países Miembros ni en los ordenamientos jurídicos internos de esos Países, consideramos que:

- Son un aporte positivo al derecho internacional en esta materia, que debería ser tomado en consideración por los Países Miembros en sus futuras negociaciones de APPIs, así como en la determinación de si una medida constituye una expropiación indirecta;
- Consideramos que es correcto el enfoque del problema de las expropiaciones indirectas como un asunto que debe ser analizado de forma casuística, más que mediante redacciones generales que podrían no atender a las particularidades de cada situación.
- Consideramos también apropiado el que se mantenga la posibilidad de que las medidas adoptadas en forma no discriminatoria para lograr «objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente», puedan ser consideradas como expropiaciones indirectas en casos excepcionales.

En conclusión, reiteramos que, con las observaciones precedentes, la redacción sobre

expropiaciones contenida en el TLC entre Chile y los Estados Unidos es compatible con la regulación de las expropiaciones en los APPIs de los Países Miembros.

6. TRANSFERENCIAS:

El tema de las transferencias de fondos que las inversiones y los inversionistas deben hacer en desarrollo de sus actividades es regulado tanto en los APPIs de los Países Miembros como, en forma más restringida, en las disposiciones andinas sobre inversiones.

En la normativa comunitaria, encontramos que la Decisión 291 establece en su artículo 4 que «Los propietarios de una inversión extranjera directa, y los inversionistas subregionales, tendrán derecho a transferir al exterior, en divisas libremente convertibles, en los términos previstos en la legislación de cada País Miembro, las utilidades netas comprobadas que provengan de su inversión extranjera directa, y en su artículo 5, que «El inversionista extranjero y el inversionista subregional tendrán derecho a reexportar las sumas que obtengan cuando vendan, dentro del país receptor, sus acciones, participaciones o derechos o cuando se produzca la reducción del capital o la liquidación de la empresa, previo pago de los impuestos correspondientes».

Por su parte, en la Decisión 292, se prevé que «Los aportes destinados al capital de las Empresas Multinacionales Andinas y sus sucursales, circularán libremente dentro de la Subregión» y que «Las sucursales de las empresas multinacionales andinas tendrán derecho a transferir al domicilio principal, en divisas libremente convertibles, la totalidad de sus utilidades netas comprobadas, que provengan de su inversión directa, previo pago de los impuestos correspondientes», en tanto que «Los inversionistas extranjeros y subregionales en una empresa multinacional andina, tendrán derecho a transferir al exterior, en divisas libremente convertibles, la totalidad de las utilidades netas comprobadas que provengan de su inversión directa, previo pago de los impuestos correspondientes».

Como se observa, en el ámbito restringido de la inversión extranjera directa, se reconoce a los inversionistas extranjeros y a los subregionales, el derecho a hacer ciertas transferencias al exterior relacionadas con sus inversiones. Esas transferencias tienen por causa las utilidades de la inversión o la reducción del capital o la liquidación de ésta, y deben ser hechas en moneda libremente convertible. Derechos similares se reconocen a los inversionistas extranjeros y subregionales en una EMA, así como, en forma limitada, a las sucursales de ésta, que sólo pueden hacer las remisiones a su domicilio principal.

La regulación andina debe ser complementada por lo previsto respecto de las transferencias en los APPIs de los Países Miembros, en los que se prevén las transferencias en términos según los cuales:

- Se garantiza a los inversionistas la transferencia de los pagos relacionados con su inversión;
- Esa transferencia es usualmente calificada como «libre», aunque en algunos APPIs se utiliza la palabra «irrestringida»;
- Las transferencias se refieren a «los pagos relacionados con una inversión», si bien en algunos APPIs se expresa que se permitirán «...todas las transferencias relacionadas...» con la inversión, o que se garantiza la «...transferencia de los fondos relacionados con una inversión...», expresiones todas estas que entendemos análogas;

- Las transferencias se efectuarán conforme a las leyes y procedimientos establecidos en el país de donde esa transferencia deba hacerse, los cuales no deberán afectar la sustancia de los derechos de los inversionistas.
- En algunos APPIs se faculta a cualquiera de las Partes para que impida las transferencias, mediante la aplicación equitativa, no discriminatoria y con buena fe, de sus leyes relacionadas con quiebras, insolvencias, protección de los derechos de los acreedores; emisión, comercio o trato en valores mobiliarios; delitos e infracciones administrativas; reportes de transferencias de divisas u otros instrumentos monetarios y garantías del cumplimiento de sentencias o laudos en procedimientos contenciosos;
- En algunos APPIs se prevé la posibilidad de establecer controles a las operaciones cambiarias, por desequilibrios en la balanza de pagos.

Determinadas así las características de la regulación de los Países Miembros sobre las transferencias, corresponde analizar las diversas propuestas presentadas sobre este tema en las negociaciones del Proyecto de Acuerdo del ALCA.

Allí se han planteado las siguientes propuestas:

[12.1. Cada Parte permitirá a los inversionistas de la otra Parte, la libre transferencia de las inversiones y sus rentas.

12.2. Las transferencias se harán sin demora, en moneda libremente convertible, a la tasa de cambio de mercado aplicable a la fecha de la transferencia, previo el cumplimiento de la legislación tributaria y conforme con los requisitos establecidos en la legislación de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión.

12.3. Lo dispuesto en este artículo no impedirá que las Partes apliquen, [en forma equitativa, no discriminatoria y de buena fe,] [en casos excepcionales o graves de balanza de pagos] [en situaciones de existencia o inminencia de desequilibrios o dificultades graves de balanza de pagos], medidas que limiten temporalmente las transferencias y que sean compatibles con los Acuerdos Internacionales.

12.4. Sin perjuicio de las disposiciones anteriores, una Parte podrá impedir una transferencia con el objetivo de proteger los derechos emanados de procesos administrativos, judiciales o arbitrales [, en particular, aunque no exclusivamente]:

- a) Quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores;
- b) Infracciones penales;
- c) Garantía del cumplimiento de los mandamientos o fallos en procedimientos judiciales o administrativos;
- d) Incumplimiento de obligaciones tributarias;
- e) Incumplimiento de obligaciones laborales;
- f) Derechos sociales.]

[12.1. Cada Parte permitirá que todas las transferencias relacionadas con [la inversión de un inversionista de otra Parte en el territorio de la Parte] [una inversión cubierta] se hagan libremente y sin demora [tanto dentro como fuera de su territorio]. Dichas transferencias incluyen:

- a) [Aportes de capital;]

- b) Ganancias, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos por regalías, gastos por administración, asistencia técnica y otros cargos, [ganancias en especie y [otros] montos derivados de la inversión;]
- c) Productos derivados de la venta o liquidación, total o parcial, de la inversión;
- d) Pagos realizados conforme a un contrato del que sea parte un inversionista o su inversión, incluidos pagos efectuados conforme a un convenio de préstamo;
- e) Pagos efectuados de conformidad con el artículo 13 (Expropiación e indemnización) [y el artículo 14 (Compensación por pérdidas)]; y
- f) Pagos que provengan de [una controversia][artículo XX (Solución de controversias)] [la aplicación de las disposiciones de la Subsección C.2.b. (Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte)].

12.2. [En lo referente a las transacciones al contado (spot) de la divisa que vaya a transferirse,] Cada Parte permitirá que las transferencias relacionadas con [una inversión cubierta] [la inversión de un inversionista de otra Parte en el territorio de la Parte] se realicen en divisas [libremente convertible] [de libre uso] al tipo de cambio vigente de mercado [en la fecha][en el momento] de la transferencia.

[12.3. Cada Parte permitirá que las ganancias en especie relacionadas con una inversión comprendida se ejecuten conforme a lo autorizado o especificado en la autorización de inversiones, el acuerdo de inversiones u otro convenio escrito acordado entre la Parte y una inversión comprendida o un inversionista de otra Parte.]

[12.4. Para efectos de este Capítulo, una transferencia se considera realizada sin demora cuando se ha efectuado dentro del plazo normalmente necesario para el cumplimiento de las formalidades de transferencia.]

[12.5. Ninguna Parte podrá exigir a sus inversionistas que efectúen transferencias de sus ingresos, ganancias, o utilidades u otros montos derivados de, o atribuibles a, inversiones llevadas a cabo en territorio de otra Parte, ni los sancionará en caso que no realicen la transferencia.]

12.6. No obstante lo dispuesto en los párrafos [12.1 y 12.2,] [y 12.3,] una Parte podrá impedir la realización de transferencias, por medio de la aplicación equitativa y no discriminatoria [y de buena fe] de sus leyes [en los siguientes casos][en relación con]:

- a) Quiebra, insolvencia, o protección de los derechos de los acreedores;
- b) Emisión, comercio y operaciones de valores; [futuros, opciones o derivados;][relativas a asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamentos:
 - I) para la emisión, transmisión y negociación de valores, futuros y derivados, o
 - II) relativos a reportes o registros de transferencias;]
- c) Infracciones penales [o administrativas];
- d) [Informes de transferencias de divisas u otros instrumentos monetarios;] [incumplimiento del requisito de presentar informes de transferencias de divisas u otros instrumentos monetarios;] [informes financieros o registro de transferencias, cuando sea necesario, para brindar ayuda a las autoridades policiales o los organismos regulatorios en el campo financiero;]
- e) Garantía del [aseguramiento] [cumplimiento con] [[mandamientos][fallos] o]

[sentencia] [o laudos] en procedimientos [judiciales][contenciosos] o [administrativos];
[o]

- f) [Establecimiento de los instrumentos o mecanismos necesarios para asegurar el pago de impuestos sobre la renta por medios tales como la retención del monto relativo a dividendos u otros conceptos.]

[12.7. El párrafo 12.5 no se interpretará como un impedimento para que una Parte, a través de la aplicación de sus leyes de manera equitativa, no discriminatoria y de buena fe, imponga cualquier medida relacionada con los incisos 12.6.a) a 12.6.e).]

[12.8. No obstante lo dispuesto en el párrafo 12.1, una Parte podrá restringir las transferencias de ganancias en especie, en circunstancias en donde pudiera, de otra manera, restringir dichas transferencias, conforme a lo dispuesto en este Acuerdo, incluyendo lo señalado en el párrafo 12.6.]

[12.9. [No obstante lo dispuesto en este artículo, cada Parte tendrá derecho en circunstancias de dificultades excepcionales o graves de balanza de pagos, a limitar temporalmente las transferencias, en forma equitativa y no discriminatoria, de conformidad con los criterios internacionalmente aceptados. Las limitaciones adoptadas o mantenidas por una Parte de conformidad con este párrafo, así como su eliminación, se notificarán con prontitud a la otra Parte.] [No obstante lo dispuesto en este artículo, cada Parte podrá establecer controles temporales a las operaciones cambiarias, siempre y cuando la balanza de pagos de la Parte de que se trate, presente un serio desequilibrio e instrumente un programa de acuerdo con los criterios internacionalmente aceptados.]]

[12.9. Sin perjuicio de lo establecido en este artículo, cada Parte podrá limitar las transferencias de conformidad con lo que establecido en la disposición sobre Balanza de pagos del Acuerdo.]]

[12.1. Cada una de las Partes permitirá que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las Partes en territorio de la Parte, se hagan libremente y sin demora. Dichas transferencias incluyen:

- a) Ganancias, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos por regalías, gastos por administración, asistencia técnica y otros cargos, ganancias en especie y otros montos derivados de la inversión;
- b) Productos derivados de la venta o liquidación, total o parcial, de la inversión;
- c) Pagos realizados conforme a un contrato del que sea parte un inversionista o su inversión, incluidos pagos efectuados conforme a un convenio de préstamo;
- d) Pagos efectuados de conformidad con la disposición sobre expropiación, y
- e) Pagos que provengan de la aplicación de las disposiciones relativas a la Subsección C.2.b. (Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte).

12.2. En lo referente a las transacciones al contado (spot) de la divisa que vaya a transferirse, cada una de las Partes permitirá que las transferencias se realicen en divisa de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia.

12.3. Ninguna de las Partes podrá exigir a sus inversionistas que efectúen transferencias de sus ingresos, ganancias o utilidades u otros montos derivados de, o atribuibles a inversiones llevadas a cabo en territorio de otra Parte, ni los sancionará en caso de contravención.

12.4. No obstante lo dispuesto en los párrafos 12.1 y 12.2, las Partes podrán impedir la realización de transferencias, por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes en los siguientes casos:

- a) Quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores;
- b) Emisión, comercio y operación de valores;
- c) Infracciones penales;
- d) Informes de transferencias de divisas u otros instrumentos monetarios; o
- e) Garantía del cumplimiento de fallos en procedimientos contenciosos.

12.5. El párrafo 12.3 no se interpretará como un impedimento para que una Parte, a través de la aplicación de sus leyes de manera equitativa, no discriminatoria y de buena fe, imponga cualquier medida relacionada con los incisos 12.4.a) a 12.4.e).

12.6. No obstante lo dispuesto en el párrafo 12.1, una Parte podrá restringir las transferencias de ganancias en especie, en circunstancias en donde pudiera, de otra manera, restringir dichas transferencias, conforme a lo dispuesto en este Acuerdo, incluyendo lo señalado en el párrafo 12.4.]

[12.1. Las Partes garantizarán a un inversionista de otra Parte, con respecto a una inversión cubierta por este Acuerdo, la libre transferencia de las inversiones y las ganancias que de ésta se deriven. El inversionista podrá transferir también:

- a) Fondos para el pago de préstamos relacionados con una inversión;
- b) Los productos de la liquidación total o parcial de cualquier inversión;
- c) Los salarios y otras remuneraciones adeudadas a un ciudadano de otra Parte que esté autorizado para trabajar en el territorio de la Parte que recibe la inversión en conexión con una inversión;
- d) Toda compensación adeudada a un inversionista por concepto de asuntos relacionados con expropiaciones y compensación por pérdida.

12.2. Las transferencias se realizarán sin demora y en la moneda convertible en la cual se hubiese invertido el capital originalmente, o en cualquier otra moneda convertible que acuerden el inversionista y la Parte de que se trate. Salvo que se acuerde lo contrario, las transferencias serán efectuadas a la tasa correspondiente para la fecha en que se efectúe la transferencia, de conformidad con las normas vigentes en materia de divisas.

12.3. En relación con las transferencias, las Partes podrán aplicar, de una forma equitativa y no discriminatoria, sus leyes relativas a:

- a) Quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores;
- b) Emisión, comercio y operación de valores;
- c) Infracciones penales;
- d) Reportes de transferencias de divisas u otros instrumentos monetarios; o
- e) Garantía del cumplimiento de las resoluciones de un proceso judicial o las órdenes de un tribunal.

12.4. Ninguna de las Partes solicitará a sus inversionistas transferir las ganancias derivadas de las inversiones en el territorio de la otra Parte, ni sancionará a sus inversionistas que no ejecuten la referida transferencia.

12.5. Las economías más pequeñas podrán restringir las transferencias en casos de dificultades severas de balanza de pagos en razón de la volatilidad y vulnerabilidad de sus economías.

12.6. Además de las restricciones usuales a la libre transferencia de capital que toman en cuenta la falta de pago de los impuestos, los fallos de los procesos decisorios y la protección de los derechos de los acreedores, debería permitirse que las economías más pequeñas que son susceptibles a la volatilidad de los ingresos por concepto de exportación, tengan flexibilidad con respecto a la disposición de que dichas transferencias se efectúen sin demora. Esto se llevaría a efecto a través de negociaciones caso por caso con el inversionista, y estaría influido por cualquier ley de control de cambio vigente y la posible fluctuación cuando haya un impacto significativo en la situación de las reservas.]

El estudio de las diversas propuestas de regulación de las transferencias presentadas en el ALCA y su comparación con los elementos antes identificados como característicos de la regulación de esta materia en los Países Miembros nos permite observar que, en lo esencial, las disposiciones propuestas en el ALCA son compatibles con la regulación de este tema en los Países Miembros.

Son procedentes los siguientes comentarios adicionales:

- a) Limitaciones a las transferencias por motivos de balanza de pagos: Se plantea en varias propuestas que se permita a las Partes que confronten dificultades excepcionales o graves de balanza de pagos, que limiten temporalmente las transferencias, en forma equitativa y no discriminatoria, y en conformidad con los criterios internacionalmente aceptados. En una propuesta se exige que el país que impone esas limitaciones instrumente un programa de acuerdo con los criterios internacionalmente aceptados, y se obliga a la notificación de estas limitaciones, así como de su eliminación, a la otra Parte.

Consideramos que no hay una posición común de los Países Miembros sobre este particular. Sólo en algunos APPIs se consagra en forma expresa el derecho a establecer estas limitaciones, mientras que en la gran mayoría no hay una mención de esta posibilidad, y su redacción pareciera excluir la aplicación de limitaciones a las transferencias, por motivos de balanza de pagos.

Notamos por otra parte que las legislaciones internas de los Países Miembros contienen disposiciones a este respecto, de muy distinto tenor. Así, en la Ley de Inversiones de Bolivia se garantiza la libertad cambiaria, por lo que no existen restricciones para el ingreso y salida de capitales, ni para la remisión al exterior de dividendos, intereses y regalías por transferencia de tecnología u otros conceptos mercantiles. Todas las remisiones o transferencias estarán sujetas al pago de los tributos establecidos por ley. Además de la libertad cambiaria, la libre convertibilidad está también garantizada, por lo que los agentes económicos pueden efectuar sus actos jurídicos, operaciones o contratos tanto en moneda boliviana como extranjera. Por su parte, en la Ley 9 y en el Decreto 2.080, ambos de Colombia, se prevé que las condiciones de reembolso de la inversión y de la remisión de utilidades vigentes en la fecha de registro de la inversión extranjera, no podrán ser cambiadas

de manera que afecten desfavorablemente a los inversionistas extranjeros, salvo temporalmente cuando las reservas internacionales sean inferiores a tres meses de importaciones. En el caso de Ecuador, la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones otorga a la inversión extranjera directa, subregional o neutra, debidamente registrada, las garantías de la libre transferencia al exterior, en divisas libremente convertibles, de las utilidades netas que haya generado la inversión registrada; de la libre remisión de los recursos que se obtengan por la liquidación total o parcial de las empresas en las que se haya realizado la inversión, o por la venta de las acciones, participaciones o derechos adquiridos en razón de la inversión efectuada, previo pago de los impuestos correspondientes y del libre acceso al mercado de divisas para atender necesidades relacionadas con el desarrollo de la inversión y con el cumplimiento de las garantías. En el caso del Perú, el Decreto Legislativo 662 otorga a los inversionistas la garantía de la estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas y de los derechos a las transferencias al exterior y al uso del tipo de cambio más favorable para el inversionista. En contraste con estas disposiciones, la Ley de Promoción y Protección de inversiones de Venezuela prevé que podrán limitarse temporalmente las transferencias, en forma equitativa y no discriminatoria, de conformidad con los criterios internacionalmente aceptados, cuando debido a una situación extraordinaria de carácter económico o financiero, la aplicación del régimen de libertad de transferencias previsto como fórmula general en esa Ley sobre esta materia, resulte o pueda resultar en un grave trastorno de la balanza de pagos o de las reservas monetarias internacionales del país, que no sea posible solucionar adecuadamente mediante alguna medida alternativa. En estos casos, la medida que imponga la limitación deberá evitar todo daño innecesario a los intereses económicos, comerciales y financieros de las inversiones internacionales y de los inversionistas internacionales; y deberá ser liberada en la medida en que se corrija la situación extraordinaria que le hubiere dado origen y, en consecuencia, disminuyan o se eliminen los graves trastornos de la balanza de pagos o de las reservas monetarias del país, o la amenaza de tales trastornos, según sea el caso.

Ante una situación en la que tres Países Miembros han consagrado legislativamente la libertad de cambio en términos muy amplios, un cuarto la mantiene en tanto las reservas internacionales no disminuyan por debajo del nivel necesario para pagar tres meses de importaciones, y un quinto prevé la posibilidad de establecer limitaciones a las transferencias por motivos de balanza de pagos (y actualmente mantiene un régimen de control de cambios que incluye esas restricciones), pareciera conveniente incluir en el ALCA una cláusula que permita esas limitaciones, en el entendido de que cada país miembro decidiría si la aplica o no. Entendemos que la adopción de una disposición en el ALCA que permita establecer esas limitaciones, pero no obligue a los países miembros del ALCA a imponerlas, sería compatible con los esquemas mantenidos por los Países Miembros.

b) Limitaciones a las transferencias por incumplimientos de obligaciones tributarias, laborales y por «derechos sociales»: Se plantea la posibilidad de que los países miembros del ALCA puedan limitar las transferencias por incumplimientos de obligaciones tributarias o laborales. Sobre este particular, dado que la enunciación que en los APPIs de los Países Miembros se hace de las situaciones por las cuales se pueden establecer esas limitaciones incluye a las «infracciones penales o administrativas», o redacciones similares, no vemos obstáculo a la inclusión de estas otras razones de aplicación de las limitaciones, en la medida en que el incumplimiento de esas obligaciones tributarias o laborales implique una infracción penal o administrativa. Si ello no fuese así, lo cual puede ocurrir especialmente en el caso de los incumplimientos a obligaciones laborales, la inclusión de una disposición como la propuesta sólo podría sustentarse en el interés de proteger al débil jurídico en la relación laboral, que siempre tendrá a su alcance los mecanismos que prevea la legislación de ese país para la defensa de sus derechos, sin necesidad de que el Estado actúe impidiendo la realización de transferencias hasta tanto esas obligaciones sean satisfechas, lo que además supone que primeramente se establezca la existencia de una obligación laboral y de su incumplimiento.

En lo atinente a los «derechos sociales» no es claro el alcance de la excepción propuesta, por lo que requeriríamos mayores precisiones para poder pronunciarnos al respecto.

- c) Transferencias de ganancias en especie: Se presentan dos propuestas sobre el particular, una según la cual «Cada Parte permitirá que las ganancias en especie relacionadas con una inversión comprendida se ejecuten conforme a lo autorizado o especificado en la autorización de inversiones, el acuerdo de inversiones u otro convenio escrito acordado entre la Parte y una inversión comprendida o un inversionista de otra Parte.», y otra que plantea que «...una Parte podrá restringir las transferencias de ganancias en especie, en circunstancias en donde pudiera, de otra manera, restringir dichas transferencias, conforme a lo dispuesto en este Acuerdo...». Estamos de acuerdo con ambas propuestas, por cuanto entendemos que la primera se limita a reconocer que las ganancias pueden ser obtenidas en dinero o en especie y que, en este último caso, se respetarán los acuerdos o actos administrativos en los que se regule ese tipo de ganancias, y en lo atinente a la segunda, parece lógico que si se permiten las restricciones a las transferencias en dinero por ciertos motivos, tales como la protección de los derechos de los acreedores, o la existencia de infracciones penales o administrativas, se puedan impedir las transferencias en especie en esas mismas situaciones, incluyendo el caso de las limitaciones por balanza de pagos, puesto que, en ese caso, las transferencias en especie pudieren implicar una disminución de los pagos en dinero que reciba la empresa que realiza la transferencia y, por tanto, una disminución de los ingresos de divisas que perciba el Estado que ha impuesto la limitación.

Debemos hacer notar que sobre este punto no hay disposiciones andinas, pero que algunos APPIs de los Países Miembros reconocen la posibilidad de hacer transferencias en especie.

- d) Cobertura de salarios y otras remuneraciones: Una propuesta plantea que se incluya en el elenco de transferencias permitidas, a los «...salarios y otras remuneraciones adeudadas a un ciudadano de otra Parte que esté autorizado para trabajar en el territorio de la Parte que recibe la inversión en conexión con una inversión...». Consideramos que esta inclusión expresa, presente en algunos APPIs de los Países Miembros, si bien no es indispensable en vista de que se trata de una mera enunciación de casos de transferencias, y no de una lista taxativa de éstas, puede ser conveniente para evitar dudas y porque coadyuvaría a establecer un régimen más claro para ciertos trabajadores migrantes, especialmente en momentos en que la CAN se apresta a establecer el Mercado Común Andino.
- e) Economías más pequeñas: Se plantean dos propuestas sobre este tema: la primera expresa que «Las economías más pequeñas podrán restringir las transferencias en casos de dificultades severas de balanza de pagos en razón de la volatilidad y vulnerabilidad de sus economías», en tanto que la segunda señala que «Además de las restricciones usuales a la libre transferencia de capital que toman en cuenta la falta de pago de los impuestos, los fallos de los procesos decisorios y la protección de los derechos de los acreedores, debería permitirse que las economías más pequeñas que son susceptibles a la volatilidad de los ingresos por concepto de exportación, tengan flexibilidad con respecto a la disposición de que dichas transferencias se efectúen sin demora. Esto se llevaría a efecto a través de negociaciones caso por caso con el inversionista, y estaría influido por cualquier ley de control de cambio vigente y la posible fluctuación cuando haya un impacto significativo en la situación de las reservas.»

Respecto de la primera de estas propuestas, consideramos que es sólo la reiteración, aplicada al caso de las economías más pequeñas, de la regulación general sobre limitaciones a las transferencias en casos de dificultades severas de balanza de pagos, por lo que damos por

reproducidos aquí los comentarios hechos anteriormente sobre ese asunto. En cuanto a la segunda, plantea una «...flexibilidad...» con respecto a la disposición de que las transferencias se efectúen sin demora. Esta flexibilidad implicaría negociaciones caso por caso con el inversionista, y estaría influida «...por cualquier ley de control de cambio vigente y la posible fluctuación cuando haya un impacto significativo en la situación de las reservas.» En nuestra opinión, una flexibilidad definida en términos tan generales podría llevar a la imposición indefinida de las transferencias, hasta tanto se alcanzase un acuerdo con el inversionista. No hay precedentes de una flexibilidad como ésta en la normativa andina ni en los ordenamientos de los Países Miembros que hemos analizado.

Corresponde analizar la disposición sobre transferencias contenida en el TLC entre Chile y los Estados Unidos. Esa disposición es del tenor siguiente:

«Artículo 10.8: Transferencias

1. Cada Parte permitirá que todas las transferencias relacionadas con una inversión cubierta, se hagan libremente y sin demora desde y hacia su territorio. Dichas transferencias incluyen:
 - (a) aportes de capital;
 - (b) utilidades, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos por regalías, gastos por administración, asistencia técnica y otros cargos;
 - (c) el producto de la venta o liquidación, total o parcial de la inversión cubierta;
 - (d) pagos realizados conforme a un contrato del que sea parte el inversionista o la inversión cubierta, incluidos pagos efectuados conforme a un contrato de préstamo;
 - (e) pagos efectuados de conformidad con el artículo 10.4(4) y (5) y con el artículo 10.9;
y
 - (f) pagos que provengan de la aplicación de la Sección B.
2. Cada Parte permitirá que las transferencias de ganancias en especie relacionados con una inversión cubierta se hagan según se autorice o especifique en una autorización de inversión o en otro acuerdo escrito entre la Parte y una inversión cubierta o un inversionista de la otra Parte.
3. Cada Parte permitirá que las transferencias relacionadas con una inversión cubierta se realicen en una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia.
4. Ninguna Parte podrá exigir a sus inversionistas que efectúen transferencias de sus ingresos, ganancias, utilidades u otros montos derivados de, o atribuibles a, inversiones llevadas a cabo en el territorio de la otra Parte, ni los sancionará en caso de que no realicen la transferencia.
5. Sin perjuicio de los párrafos 1 a 3, una Parte podrá impedir la realización de una transferencia, por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes relativas a:
 - (a) quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores;
 - (b) emisión, comercio u operaciones de valores, futuros o derivados;
 - (c) infracciones penales;
 - (d) reportes financieros o mantención de registros de transferencias cuando sea necesario para colaborar en el cumplimiento de la ley o a las autoridades financieras regulatorias;
y

- (e) garantía del cumplimiento de órdenes o fallos en procedimientos judiciales o administrativos.
6. Sin perjuicio del párrafo 2, una Parte podrá restringir las transferencias de ganancias en especie, en circunstancias en que podría, de otra manera, restringir dichas transferencias conforme a lo dispuesto en este Tratado, incluyendo lo señalado en el párrafo 5.»

Consideramos que esta disposición es básicamente compatible con los elementos característicos de la regulación de las transferencias por parte de los Países Miembros, antes identificados, con los siguientes comentarios adicionales:

- a) Ciertos pagos: se incluyen en la enumeración de pagos que serían permitidos, a los «pagos efectuados de conformidad con el artículo 10.4(4) y (5) y con el artículo 10.9;» y a los «pagos que provengan de la aplicación de la Sección B.»

Hacemos notar que los párrafos 4 y 5 del artículo 10.4 se refieren a las pérdidas sufridas por inversiones en su territorio debidas a conflictos armados o contiendas civiles y a pérdidas que resulten de la requisición de la inversión o de parte de ella por las fuerzas o autoridades de una Parte; o de la destrucción de su inversión o de parte de ella por las fuerzas o autoridades de una Parte, la cual no era requerida por la necesidad de la situación. Estas situaciones son reguladas en la generalidad de los APPIs de los Países Miembros, en términos según los cuales el inversionista disfrutará del trato más favorable entre el trato nacional y el trato NMF en relación con las restituciones, indemnizaciones, compensaciones, etc. por las pérdidas sufridas debido a guerras u otros conflictos armados, a estados de emergencia nacional, a revueltas, insurrecciones o motines. Algunos APPIs de los Países Miembros incluyen una obligación de restitución o compensación pronta, adecuada y efectiva, en los casos en que se requiera su inversión o parte de ella, o se la destruya innecesariamente. En los APPIs de los Países Miembros se prevé la libre transferencia de los fondos así recibidos.

La mención a los pagos conforme al artículo 10.9 se relaciona con los pagos de indemnizaciones en casos de expropiaciones y medidas equivalentes que, como se ha indicado anteriormente, son considerados como transferencias cubiertas por los APPIs de los Países Miembros.

La mención en la disposición analizada a los «pagos que provengan de la aplicación de la Sección B» se refiere a los pagos que se hagan al inversionista en virtud de una decisión en un procedimiento de solución de controversias con el Estado receptor de su inversión.

- b) Transferencias en especie: Reiteramos lo anteriormente expuesto sobre este asunto al tratar las propuestas presentadas en el ALCA, por cuanto lo allí expuesto es plenamente aplicable a esta disposición.
- c) Prohibición de exigencias de transferencias: Prevé la disposición que se analiza que «Ninguna Parte podrá exigir a sus inversionistas que efectúen transferencias de sus ingresos, ganancias, utilidades u otros montos derivados de, o atribuibles a, inversiones llevadas a cabo en el territorio de la otra Parte, ni los sancionará en caso de que no realicen la transferencia».

Debemos indicar que no hay disposiciones andinas sobre este asunto. En el plano de los ordenamientos nacionales de los Países Miembros, el Decreto 2.080 de Colombia, que es la única legislación observada que regula las inversiones en el exterior, contiene tan sólo una obligación de registro de esas inversiones, a los efectos de control tributario, pero no prevé ninguna obligación de remitir fondos desde el exterior. En Venezuela, el régimen de

control de cambios actualmente vigente obliga a la venta al Banco Central de Venezuela del 90% de los fondos obtenidos por concepto de exportaciones de bienes o servicios efectuadas luego del establecimiento de ese régimen de control, lo que podría ser considerado como una obligación de efectuar una transferencia de ingresos derivados de, o atribuibles a, una inversión llevada a cabo en el exterior, en el supuesto de que el importador de esos bienes o servicios fuese una empresa vinculada con el exportador en Venezuela.

Ante esta situación consideramos, en concordancia con lo arriba planteado a propósito de las limitaciones a las transferencias por motivos de balanza de pagos, que la inclusión de esta disposición podría limitar la capacidad de los Países Miembros para establecer disposiciones que les permitiesen acopiar divisas en caso de enfrentar serias dificultades de balanza de pagos.

7. REQUISITOS DE DESEMPEÑO:

No hay en el ordenamiento jurídico andino sobre inversiones ni en las leyes de los Países Miembros sobre ese tema, normas sobre requisitos de desempeño. Tampoco es usual encontrar en los APPIs de los Países Miembros celebrados con países en desarrollo, disposiciones sobre este asunto. Hemos encontrado sin embargo varios APPIs de Países Miembros con regulaciones sobre requisitos de desempeño (denominados en algunos APPIs requisitos de cumplimiento). Entre los APPIs que regulan esta materia se cuentan el APPI entre Bolivia y los Estados Unidos; los APPIs de Ecuador con Canadá, Estados Unidos y República Dominicana; el APPI de Perú con El Salvador y el APPI de Venezuela con Canadá. Hay asimismo disposiciones sobre este tema en el Tratado de Libre Comercio entre Bolivia y México y en el Tratado de Libre Comercio del Grupo de los Tres, entre Colombia, México y Venezuela.

La única normativa común de los Países Miembros en materia de requisitos de desempeño es el Acuerdo de TRIMS, antes comentado.

Ahora bien, el análisis de los APPIs de los Países Miembros en los que se regula lo relativo a los requisitos de desempeño, nos muestra que se emplean dos fórmulas distintas a estos efectos.

La primera de estas fórmulas, seguida en los APPIs de Ecuador con los Estados Unidos y con República Dominicana, condensa en pocas líneas la regulación de estos requisitos. Así, en el caso del APPI entre Ecuador y República Dominicana, se expresa que «Ninguna de las Partes establecerá requisitos de cumplimiento como condición para el establecimiento, la expansión o el mantenimiento de las inversiones ligadas a determinados compromisos de exportación o de compra local de bienes o servicios»; mientras que en el APPI entre Ecuador y los Estados Unidos se prevé que «Como condición para el establecimiento, la expansión, el mantenimiento de las inversiones, ninguna de las Partes establecerá requisitos de cumplimiento que exijan o que hagan cumplir compromisos de exportación con respecto a los bienes producidos, o que especifiquen que ciertos bienes o servicios se adquieran en el país, o que impongan cualesquiera otros requisitos parecidos».

Por el contrario, los demás APPIs en los que esta materia es regulada tienen una lista de las medidas que se consideran como requisitos de desempeño prohibidos. Las siguientes medidas son comunes a esos APPIs:

- Alcanzar un cierto nivel o proporción de contenido nacional, o a comprar, utilizar o de cualquier forma preferir los productos o servicios de origen nacional o de cualquier procedencia interna.
- Restringir las importaciones de productos o servicios que efectúe la inversión, conforme a un volumen o valor determinado de la producción, la exportación o las ganancias en divisas.
- Exportar un cierto tipo, nivel o proporción de productos o servicios, en términos generales o en términos del mercado de una región en particular.
- Restringir las ventas de productos o servicios que efectúe la inversión en el territorio de la Parte, conforme a un volumen o valor determinado de la producción, la exportación o las ganancias en divisas.
- Transferir tecnología, procedimientos de producción u otros conocimientos patrimoniales a un nacional o sociedad en el territorio de la Parte, salvo con arreglo a un mandamiento, compromiso o promesa que haga cumplir alguna autoridad judicial, administrativa o de regulación de la competencia con el fin de remediar una contravención supuesta o decidida de las leyes relativas a la competencia.

En el APPI de Bolivia con Estados Unidos se agrega el requisito de «llevar a cabo cierta clase, nivel o proporción de la investigación y el desarrollo en el territorio de la Parte», mientras que en el TLC de Bolivia con México se incluye el de «actuar como el proveedor exclusivo de los bienes que produzca o servicios que preste para un mercado específico, regional o mundial».

Al comparar estas disposiciones con las del Acuerdo de TRIMS, que ya forma parte del ordenamiento jurídico de los Países Miembros, observamos que las condicionantes en los APPIs de los Países Miembros que se analizan son superiores a las del Acuerdo TRIMS. Nótese, por ejemplo, que abarcan los servicios, mientras que las medidas MIC identificadas en el Acuerdo de TRIMS se limitan a los bienes y que cubren supuestos no abarcados por el Acuerdo de TRIMS, tales como la restricción de las ventas en el mercado interno, la transferencia de tecnología, la realización de actividades de investigación y desarrollo en el territorio de una de las Partes o la actuación como distribuidor exclusivo.

En consecuencia, obsérvese la existencia de un grupo limitado de APPIs y de normas sobre inversiones en acuerdos comerciales, que prohíben el uso de ciertos requisitos de desempeño, distintos a los previstos en el Acuerdo de TRIMS. Esos requisitos son comunes en los APPIs analizados que los listan, aunque algunos incluyen requisitos que no aparecen en otros APPIs.

Debemos hacer notar adicionalmente, que mientras que en el APPI entre Ecuador y los Estados Unidos se establece que los requisitos allí listados «...no incluyen las condiciones para la concesión de alguna ventaja o para la continuidad de ésta», en el TLC entre Bolivia y México se prevé que:

«Ninguna Parte podrá condicionar la recepción de un incentivo o que se continúe recibiendo el mismo, al cumplimiento de los siguientes requisitos, en relación con cualquier inversión en su territorio:

- a) Adquirir, utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos en su territorio o a comprar bienes de productores en su territorio;
- b) Alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
- c) Relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con esa inversión; o
- d) Restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que esa inversión produzca o preste, relacionando de cualquier manera esas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a ganancias en divisas que generen»

En el Proyecto de Acuerdo del ALCA se presentan las siguientes propuestas:

«[10.1. Ninguna Parte establecerá requisitos de desempeño mediante la adopción de medidas en materia de inversión que sean incompatibles con las disciplinas vigentes en el marco del Acuerdo de Medidas de Inversión Relacionadas con el Comercio de la OMC y los eventuales desarrollos de dichas disciplinas.]

[[10.1. Requisitos de desempeño [obligatorios]:

Ninguna Parte podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o [hacer cumplir ningún] compromiso [u obligación] o iniciativa en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación, [o venta u otra disposición] de una inversión de un inversionista de una Parte [o de Estado no Parte] en su territorio para:] [Ninguna de las Partes podrá imponer o exigir, salvo disposición legal contraria, alguno de los requisitos siguientes, con respecto al permiso para el establecimiento, expansión, mantenimiento o adquisición de una inversión:]

- a) Exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes [o servicios];
- b) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
- c) Adquirir, utilizar u otorgar preferencia a los bienes producidos [o a servicios prestados] en su territorio, o adquirir bienes de [productores] [personas] [o servicios de prestadores de servicios] en su territorio;
- d) Relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;
- e) [Restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión [produzca o preste] [produce o presta] [produce o suministra] relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de [sus] [las] exportaciones o a [las], ganancias que generen en divisas;]

- f) [Transferir a una persona en su territorio, [tecnología,] [una tecnología particular,] un proceso productivo u otro conocimiento [reservado] [de su propiedad] [, salvo cuando el requisito se imponga [o el compromiso u obligación se hagan cumplir] por un tribunal judicial o administrativo o autoridad [competente] [de competencia] para reparar una supuesta violación a las leyes en materia de competencia o para actuar de una manera que no sea incompatible con otras disposiciones de este Acuerdo]; o]
- g) [Lactuar como el proveedor exclusivo de] [suministrar exclusivamente del territorio de la Parte] los bienes que produce o servicios que [preste] [suministra] para un mercado específico, regional o para el mercado mundial.]]

[10.2. [Una medida de aplicación general que exija que una inversión emplee una tecnología para cumplir con requisitos de salud, seguridad o medio ambiente, no se considerará incompatible con el párrafo 10.1.f).] [La medida que exija que una inversión emplee una tecnología para cumplir en lo general con requisitos aplicables a salud, seguridad o medio ambiente, no se considerará incompatible con el párrafo 10.1.f).] Para brindar mayor certeza, los artículos 4 (Trato nacional) y 5 (Trato de nación más favorecida) se aplican a la citada medida.]

[10.3. Incentivos de desempeño: Ninguna Parte podrá condicionar la recepción [de un incentivo o] de una ventaja [de un beneficio] o que se continúe recibiendo la misma, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, [u] operación [, venta u otra disposición] de una inversión en su territorio por parte de un inversionista de una Parte [o no Parte] al cumplimiento de cualquiera de los siguientes requisitos:

- a) Adquirir, utilizar u otorgar preferencia a los bienes producidos [o a servicios prestados] en su territorio, o adquirir bienes [de productores] [de personas] [o servicios de prestadores de servicios] en su territorio;
- b) Alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional; [o,]
- c) Relacionar, en cualquier forma, el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión [.] [; o,]
- d) Restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produzca o [preste] [suministre] relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas.]]

[10.3. El presente artículo no se aplicará sin embargo, a aquellos requisitos de desempeño, condicionados al otorgamiento de una ventaja o beneficio, por la Parte receptora de la inversión.]

[10.4. Excepciones y exclusiones:

- a)
- l) Los párrafos 10.1.a), 10.1.b) y 10.1.c), y 10.3.a) y 10.3.b) no se aplican [en lo

relativo] a los requisitos para calificación de los bienes [o servicios] con respecto a programas de promoción a las exportaciones [tales como zonas francas de exportación] y de [ayudas internas] [ayuda externa],

- II) Los párrafos 10.1.b) y 10.1.c), [10.1.f), y 10.1.g)] y 10.3.a) y 10.3.b) no se aplican [en lo relativo] a las compras [del sector público] [realizadas por una Parte o por una empresa del Estado], y
- III) Los párrafos 10.3.a) y 10.3.b) no se aplican [en lo relativo] a los requisitos impuestos por una Parte importadora relacionados con el contenido necesario de los bienes para que califiquen respecto de aranceles o cuotas preferenciales;

[b) El párrafo 10.1.f) no se aplica:

- I) Cuando una Parte autoriza el uso de un derecho de propiedad intelectual conforme al artículo XX sobre el uso de la materia objeto de una patente sin autorización del titular del derecho de la Subsección B.2.e. (Patentes) y al artículo XX sobre las medidas que requieren la divulgación de información de dominio privado que caen dentro del ámbito del artículo 39 del Acuerdo ADPIC y que son coherentes con el mismo, de la Subsección B.2.j. (Información no divulgada) del Capítulo XX (Derechos de Propiedad Intelectual), o
- II) Cuando el requisito sea impuesto o el compromiso o iniciativa se hagan cumplir por un tribunal judicial o administrativo o autoridad de competencia, para remediar una práctica identificada como anticompetitiva después de un proceso judicial o administrativo, según la legislación en materia de competencia de la Parte;17]

c) Nada de lo dispuesto en el párrafo 10.3 se interpretará como impedimento para que una Parte condicione la recepción o continua recepción de [un incentivo o] una ventaja [o beneficio] en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista de una Parte [o no Parte], al [cumplimiento de un] requisito de ubicar la producción, [suministrar][proveer] un servicio, capacitar o emplear trabajadores, construir o ampliar ciertas instalaciones, o llevar a cabo investigación y desarrollo en su territorio.

d) Nada de lo dispuesto en [los párrafos 10.1.b), 10.1.c), [y 10.1.f)] y 10.3.a) y 10.3.b)] [este artículo] se interpretará en el sentido de impedir a una Parte que adopte o mantenga medidas, [incluidas las ambientales]:

- I) Necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentaciones que no sean incompatibles con este Acuerdo,
- II) Necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, o
- III) [Relacionadas con] [necesarias para] la preservación de los recursos naturales no renovables vivos o no vivos;

siempre y cuando dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada ni constituyan ninguna restricción encubierta al comercio o las inversiones internacionales.]

[10.5. Para mayor certeza, los párrafos 10.1 y 10.3 no se aplican a ningún otro requisito distinto de los consignados en esos mismos párrafos.]

[10.6. Este artículo no excluye la aplicación de cualquier compromiso, obligación o requisito entre partes privadas [, en casos donde la Parte no impuso ni exigió ese compromiso, cometido o requisito].]

[10.7. En caso que, a juicio de una Parte, la imposición por otra Parte de cualquier otro requisito no previsto en el párrafo 10.1 afecte negativamente el flujo comercial, o constituya una barrera significativa a la inversión, el asunto será considerado por el Comité de Inversión, al que se haría referencia en este Acuerdo. Si el Comité considera que, el requisito en cuestión afecta negativamente el flujo comercial, recomendará a la Comisión la suspensión de la práctica respectiva.]

[10.8. Las economías más pequeñas podrán ejercer el derecho de imponer ciertos requisitos de desempeño relacionados con el desarrollo, siempre que sean compatibles con la OMC.]

Estas propuestas nos merecen los siguientes comentarios:

- a) Limitación a las Medidas MIC contenidas en el Acuerdo de TRIMS: La primera propuesta limita las obligaciones respecto de los requisitos de desempeño, a «...las disciplinas vigentes en el marco del Acuerdo de Medidas de Inversión Relacionadas con el Comercio de la OMC y los eventuales desarrollos de dichas disciplinas». Esta propuesta se ajusta a los compromisos ya adoptados por todos los Países Miembros sobre este tema y a los que se adopten en el futuro, puesto que, dado el carácter intergubernamental de la OMC, esos compromisos futuros requerirán de la aprobación de los Países Miembros, conforme a sus respectivos procedimientos constitucionales, para su vigencia en estos países.
- b) Extensión de los requisitos de desempeño a los servicios: Aun cuando en algunos de los APPIs de los Países Miembros analizados se acepta esta extensión, en términos similares a la propuesta en el ALCA, consideramos que en ausencia de una normativa internacional a este respecto, a nivel de la OMC y en vista de que la CAN se encuentra en un proceso de establecimiento del Mercado Común Andino de Servicios, que requerirá de estrategias específicas para su desarrollo, a ser adoptadas de manera comunitaria, es inconveniente limitar las vías a disposición de los órganos comunitarios para el diseño y la implementación de esas estrategias de desarrollo, como ocurriría de aceptarse la extensión de los requisitos de desempeño a los servicios.
- c) Requisito sobre transferencia de tecnología: Se plantea que se prohíba el empleo de requisitos que obliguen a transferir una tecnología particular, un proceso productivo u otro conocimiento reservado, salvo cuando el requisito se imponga por un tribunal judicial o administrativo o autoridad de competencia para reparar una supuesta violación a las leyes en materia de competencia o para actuar de una manera que no sea incompatible con otras disposiciones de ese Acuerdo.

Se plantea asimismo una excepción a esa disposición, según la cual la misma no se aplicaría «...i) cuando una Parte autoriza el uso de un derecho de propiedad intelectual conforme al artículo XX sobre el uso de la materia objeto de una patente sin autorización del titular del derecho de la Subsección B.2.e. (Patentes) y al artículo XX sobre las medidas que requieren la divulgación de información de dominio privado que caen dentro del ámbito del artículo 39 del Acuerdo ADPIC y que son coherentes con el mismo, de la Subsección B.2.j. (Información no divulgada) del Capítulo XX (Derechos de Propiedad Intelectual), o ii) cuando el requisito sea impuesto o el compromiso o iniciativa se hagan cumplir por un tribunal judicial o administrativo o autoridad de competencia, para remediar una práctica identificada como anticompetitiva después de un proceso judicial o administrativo, según la legislación en materia de competencia de la Parte».

Finalmente, se aclara que una medida de aplicación general que exija que una inversión emplee una tecnología para cumplir con requisitos de salud, seguridad o medio ambiente, no se considerará incompatible con la prohibición que se comenta.

Hemos revisado la normativa comunitaria sobre transferencia de tecnología y concluimos que ésta no contiene obligaciones de transferir tecnología, salvo la exigencia de que, cuando se presente a registro un contrato de licencia de tecnología, de asistencia técnica, de servicios técnicos, de ingeniería básica y de detalle y demás contratos tecnológicos, de acuerdo con las respectivas legislaciones de los Países Miembros, se evalúe «...la contribución efectiva de la tecnología importada mediante la estimación de sus utilidades probables, el precio de los bienes que incorporen tecnología, u otras formas específicas de cuantificación del efecto de la tecnología importada...» (Decisión 291, artículo 12). La Decisión 84, que contiene las Bases para una Política Tecnológica Subregional, tampoco establece obligaciones de transferencia de tecnologías específicas.

d) Extensión a los incentivos de desempeño: Se plantean dos posiciones distintas, una que sujeta los incentivos de desempeño a disposiciones similares que las propuestas para los requisitos de desempeño y otra que los excluye de esa regulación. Sobre el particular, hacemos notar que si bien el Acuerdo de TRIMS abarca en su enumeración de Medidas MIC a aquéllas «...cuyo cumplimiento sea necesario para obtener una ventaja...», de ello no se deriva una obligación de incluir a los incentivos de desempeño en las disciplinas del ALCA, máxime cuando éstas abarcan supuestos distintos a los de las Medidas MIC y podrían significar limitaciones importantes a las posibilidades de acción de la CAN y los Países Miembros en esos campos. Por otra parte, téngase en cuenta que la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de Venezuela prevé que el Estado venezolano podrá «...condicionar el goce de un beneficio o incentivo a la realización de determinadas acciones por parte de los inversionistas o de la empresa en la cual se realice la inversión», y aun cuando no prevé esa Ley las acciones que las empresas o inversionistas tendrían que llevar a cabo, la extensión de la normativa sobre requisitos de desempeño a los incentivos podría significar una limitación a las facultades del Estado venezolano en esa materia.

e) Exclusión a favor de los programas de promoción de exportaciones y de ciertas ayudas: Se plantea que las antes comentadas disposiciones sobre requisitos de desempeño no se apliquen a los requisitos para calificar los bienes con respecto a programas de promoción a las exportaciones, tales como zonas francas de exportación, y a las ayudas, internas o externas. Entendemos que la intención de esa exclusión es poder distinguir, de entre todos los bienes que podrían beneficiarse de esos programas o ayudas, a aquéllos a favor de los cuales existe la voluntad del Estado de otorgar esos programas o ayudas.

No existen normas andinas sobre este tema, pero en los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros existen disposiciones que permiten orientar los programas de promoción de exportaciones y otras ayudas, a favor de determinados sectores, empresas o inversionistas. En este sentido, la exclusión de esos programas y ayudas del ámbito de las disciplinas sobre requisitos de desempeño, sería compatible con esas normas internas.

e) Exclusión a favor de las compras del sector público: Se plantea que no se apliquen a las compras del sector público (en una propuesta más específica, a las compras realizadas por una Parte o por una empresa del Estado), las normas que consideran como requisitos de desempeño prohibidos a las disposiciones que exijan alcanzar un determinado grado

o porcentaje de contenido nacional, o que exijan adquirir, utilizar u otorgar preferencia a los bienes producidos en el territorio de la Parte en la que se haga esa exigencia; o adquirir bienes de productores en ese territorio; o transferir tecnología o actuar como proveedor exclusivo de los bienes.

No hay normas andinas sobre ese tema y tampoco se le trata en los APPIs de los Países Miembros analizados, pero consideramos que parece lógica esa exclusión, teniendo en cuenta el régimen especial previsto para las compras del Estado en el GATT de 1994.

- f) Exclusión respecto de las normas de origen: Se plantea en una propuesta que no se apliquen las disposiciones sobre la adquisición, uso u otorgamiento de preferencias a los bienes de un determinado territorio, ni las atinentes al contenido nacional, a los requisitos impuestos por una Parte importadora relacionados con el contenido necesario de los bienes que califiquen respecto de aranceles o cuotas preferenciales.

Aun cuando no hay reglas andinas específicas sobre la relación entre la regulación de inversiones y las normas de origen, consideramos procedente esta exclusión – que encontramos además en el Tratado de Libre Comercio del G-3 – por cuanto es la práctica de todos los países limitar los tratos preferenciales otorgados en sus acuerdos comerciales, a los productos que sean originarios del país con el que se suscribe el acuerdo de que se trate, y ese origen se determina mediante normas que toman en cuenta el contenido nacional. Si el uso de este mecanismo fuese prohibido por la normativa sobre requisitos de desempeño, se asestaría un grave golpe a los acuerdos de integración.

- g) Economías más pequeñas: Se plantea que las economías más pequeñas puedan ejercer el derecho de imponer ciertos requisitos de desempeño relacionados con el desarrollo, siempre que sean compatibles con la OMC. Se trataría de un trato especial para estas economías, que sólo estarían sujetas a las disciplinas del Acuerdo de TRIMS. No tenemos objeciones, desde el punto de vista jurídico, a ese trato preferencial.

En cuanto al TLC entre Chile y los Estados Unidos, tenemos que los requisitos de desempeño son regulados de la siguiente manera:

«Artículo 10.5: Requisitos de desempeño

Requisitos de desempeño obligatorios

1. Ninguna Parte podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ninguna obligación o compromiso, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación o venta o cualquier otra forma de disposición de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país que no sea Parte en su territorio para:
 - (a) Exportar un determinado nivel o porcentaje de mercancías o servicios;
 - (b) Alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
 - (c) Adquirir, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, o adquirir mercancías de personas en su territorio;
 - (d) Relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;

- (e) Restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas;
- (f) Transferir a una persona en su territorio tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad; o
- (g) Actuar como el proveedor exclusivo desde el territorio de la Parte de las mercancías que produce o servicios que suministre para un mercado regional específico o al mercado mundial.

Ventajas sujetas a requisitos de desempeño

2. Ninguna de las Partes podrá condicionar la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo la misma, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación o venta o cualquier otra forma de disposición de una inversión en su territorio por parte de un inversionista de un país Parte o que no sea Parte, al cumplimiento de cualquiera de los siguientes requisitos:

- (a) Alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
- (b) Adquirir, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, o a adquirir mercancías de personas en su territorio;
- (c) Relacionar, en cualquier forma, el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión; o
- (d) Restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas.

Excepciones y exclusiones

3.

- (a) Nada de lo dispuesto en el párrafo 2 se interpretará como impedimento para que una Parte condicione la recepción de una ventaja o la continuación de su recepción, en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista de un país Parte o que no sea Parte, al cumplimiento de un requisito de que ubique la producción, suministre servicios, capacite o emplee trabajadores, construya o amplíe instalaciones particulares, o lleve a cabo investigación y desarrollo, en su territorio.
- (b) El párrafo 1 (f) no se aplica:
 - I) Cuando una Parte autoriza el uso de un derecho de propiedad intelectual de conformidad con el Artículo 31 del ADPIC, o a las medidas que exijan la divulgación de información de dominio privado que se encuentre dentro del ámbito de aplicación, y sean compatibles con el Artículo 39 del ADPIC; o
 - II) Cuando el requisito se imponga o la obligación o el compromiso se hagan cumplir por un tribunal judicial o administrativo o una autoridad de competencia, para remediar una práctica que ha sido determinada después de un procedimiento judicial o administrativo como anticompetitiva conforme a las leyes de competencia de la Parte.
- (c) Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, o no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales, los párrafos 1(b), (c) y (f), y los párrafos 2(a) y (b) no se interpretarán en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental:

- I) Necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Tratado;
 - II) Necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; o
 - III) Relativas a la preservación de recursos naturales no renovables, vivos o no.
- (d) Los párrafos 1(a), (b) y (c), y los párrafos 2(a) y (b) no se aplicarán a los requisitos para calificación de las mercancías y servicios con respecto a programas de promoción a las exportaciones y de ayuda externa.
 - (e) Los párrafos 1(b), (c), (f) y (g), y los párrafos 2(a) y (b) no se aplicarán a la contratación pública.
 - (f) Los párrafos 2(a) y (b) no se aplicarán a los requisitos impuestos por una Parte importadora con respecto al contenido de las mercancías, necesario para calificar para aranceles o cuotas preferenciales.
4. Para mayor certeza, los párrafos 1 y 2 no se aplican a ningún otro requisito distinto a los señalados en esos párrafos.
5. Este artículo no excluye la aplicación de cualquier compromiso, obligación o requisito entre partes privadas, cuando una Parte no impuso o exigió el compromiso, obligación o requisito.»

Consideramos aplicables a esta disposición los comentarios formulados al analizar las propuestas de redacción presentadas en el ALCA, lo cuales se dan aquí por reproducidos. Son procedentes las siguientes observaciones:

- a) Exclusión de ciertas medidas: Cabe resaltar lo previsto en este artículo, en el sentido de que la regulación sobre ventajas sujetas a requisitos de desempeño (llamadas en el ALCA incentivos de desempeño), no se aplica al «...cumplimiento de un requisito de que ubique la producción, suministre servicios, capacite o emplee trabajadores, construya o amplíe instalaciones particulares, o lleve a cabo investigación y desarrollo, en su territorio...». Creemos que ésta es una aclaratoria importante, en la medida en que reconoce un espacio para la acción pública en relación a los incentivos, incluyendo lo atinente a la exigencia de realizar investigación y desarrollo en el territorio del país que establece el incentivo.
- b) Extensión a inversionistas de países que no son Parte: Llama la atención la extensión del régimen sobre requisitos de desempeño a inversionistas de países que no son Parte de ese TLC. Esto pareciera constituir una limitación importante a la capacidad de las Partes para celebrar otros acuerdos sobre esta materia. Nótese que no hay ninguna exclusión de esta norma a favor de acuerdos de integración. En el caso de los Países Miembros de la Comunidad Andina, una disposición similar podría constituir un obstáculo a la adopción de disposiciones distintas a esa en sus APPIs o en otros acuerdos comerciales. En ese caso, esas disposiciones comunes tendrían que ser establecidas por los órganos comunitarios, más que por los Países Miembros.

8. SERVICIOS:

En la CAN el comercio de servicios está regulado por la Decisión 439, que contiene el Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina y la Decisión 510, que contiene el Inventario de Medidas Restrictivas del Comercio de Servicios.

En relación con la materia que nos ocupa, deben destacarse, en primer término, las disposiciones de la Decisión 439 que incluyen, entre los modos de prestación de servicios, a la presencia comercial de empresas prestadoras de servicios de un País Miembro en el territorio de otro País Miembro, lo que exige una inversión. En segundo lugar, deben destacarse las disposiciones que otorgan acceso al mercado, trato nacional y trato NMF, en los siguientes términos:

«Artículo 6.- Cada País Miembro otorgará a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás Países Miembros, acceso a su mercado, a través de cualquiera de los modos de prestación establecidos en la definición sobre comercio de servicios contenida en el artículo 2, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 14 del presente Marco General.

Artículo 7.- Cada País Miembro otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás Países Miembros, un trato no menos favorable que el concedido a los servicios y prestadores de servicios similares de cualquier otro país, miembro o no de la Comunidad Andina.

Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, cualquier País Miembro podrá conferir o conceder ventajas a países adyacentes con el fin de facilitar intercambios de servicios que se produzcan y consuman localmente, limitados a las zonas fronterizas contiguas.

Artículo 8.- Cada País Miembro otorgará a los servicios y a los prestadores de servicios de los demás Países Miembros, un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios servicios o prestadores de servicios similares, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 14 del presente Marco General.»

En consecuencia, existe en la Comunidad Andina un régimen especial para los servicios y los prestadores de servicios de la CAN, en los que éstos disfrutan de acceso al mercado, trato nacional y trato NMF, si bien en cuanto al acceso al mercado y al trato nacional rige lo relativo al inventario de medidas disconformes y su progresiva eliminación, mediante negociaciones.

No hay en los APPIs de los Países Miembros normas sobre este asunto. Tampoco en el Capítulo sobre Inversión del ALCA se hace referencia a esta materia.³⁵

A los efectos de las negociaciones sobre inversión que se llevan a cabo actualmente cabe destacar primeramente la relación entre los temas de inversión y los de servicios, que obligarían a un análisis conjunto, y en segundo lugar a la necesidad de preservar, en el marco de las negociaciones sobre servicios, el que las amplias ventajas que los Países Miembros de la CAN se han concedido entre ellos no se extiendan a terceros. Téngase en cuenta en esta materia que los «prestadores de servicios» de los Países Miembros no son definidos en la normativa comunitaria, por lo que entendemos que abarcaría a cualquier persona natural o jurídica que preste servicios bajo cualquier modalidad de prestación de servicios, incluyendo la presencia comercial, en el territorio de un País Miembro. Esto implica que los «prestadores de servicios» de un País Miembro, serían al mismo tiempo «inversionistas» según la definición de éstos antes precisada.

Es de señalar que en el TLC entre Chile y los Estados Unidos se listan los sectores, subsectores o actividades específicas para los cuales podrá cada Parte mantener o adoptar medidas

nuevas o más restrictivas que sean disconformes con las obligaciones impuestas por las normas sobre trato nacional, trato NMF, requisitos de desempeño y altos ejecutivos, en la regulación sobre inversiones, así como en relación a las disposiciones sobre presencia local y acceso a los mercados, del Capítulo sobre Servicios. Reiteramos los comentarios hechos anteriormente respecto de esas listas.

9. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:

La norma andina sobre este tema está contenida en la Decisión 291, que establece «Artículo 10. En la solución de las controversias o conflictos derivados de las inversiones extranjeras directas o de inversionistas subregionales o de la transferencia de tecnología extranjera, los Países Miembros aplicarán lo dispuesto en sus legislaciones internas.»

Esta remisión a las legislaciones internas de los Países Miembros nos conduce en primer término a la revisión de sus Constituciones, ya realizada, y de la que hemos concluido que permiten el recurso a medios alternativos para la solución de diferencias, tales como los tribunales arbitrales. Esa posibilidad está igualmente prevista en las leyes sobre inversiones de los Países Miembros. Un paso adicional es la revisión de los APPIs de los Países Miembros, que forman parte de esa legislación interna. En los distintos APPIs de los Países Miembros que hemos analizado nos muestra que se prevén en ellos normas para la solución de controversias entre las Partes y para las controversias entre un inversionista de una Parte y la otra Parte. Respecto de las primeras, se las somete sucesivamente a la vía diplomática y al arbitraje, mediante un tribunal conformado por un árbitro escogido por cada Parte y un tercero escogido de común acuerdo. Si esta última escogencia no ocurre dentro de un plazo, se solicita a un tercero, usualmente el Presidente de la Corte Internacional de Justicia. Se prevé normalmente que las decisiones del tribunal así constituido sean definitivas y obligatorias.

En lo que respecta a las controversias entre un inversionista de una Parte y la otra Parte de esos APPIs, usualmente se prevé en primer término la celebración de consultas, permitiéndose luego al inversionista someter la controversia a la jurisdicción nacional de la Parte en que realizó su inversión o a arbitraje internacional. Esta elección es definitiva, aunque en algunos APPIs, como en los suscritos entre Perú y Paraguay o entre Ecuador y Honduras, se prevé que la controversia que no haya sido solucionada por la jurisdicción nacional de alguna de las Partes en un plazo, podrá ser sometida a arbitraje. Generalmente se establece que el arbitraje internacional se lleve a cabo ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), o conforme a su Mecanismo Complementario, si alguna de las Partes no es miembro del CIADI. Si por cualquier motivo éste, o su Mecanismo Complementario, no estuvieren disponibles, la controversia se someterá a un tribunal «ad-hoc» establecido conforme a las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Generalmente también se prevé que las decisiones sean definitivas y obligatorias, y que se ejecuten conforme a la legislación de cada Parte. Es usual la inclusión de cláusulas que obliguen a las Partes a abstenerse de tratar por canales diplomáticos asuntos relacionados con controversias sometidas a procesos judiciales o a arbitraje internacional hasta que esos procesos hayan concluido, salvo que hubiere incumplimiento de la sentencia o de la decisión del tribunal arbitral.

En algunos APPIs (Ecuador – Canadá y todos los APPIs de Venezuela, salvo el APPI con Canadá) así como en los Tratados de Libre Comercio del G – 3 y entre Bolivia y México, se

³⁵ El análisis del Capítulo sobre Servicios del ALCA excede de los límites de este estudio.

establecen limitaciones a las sentencias arbitrales. Así, en el APPI de Venezuela con Ecuador se prevé que la «sentencia arbitral se limitará a determinar si la Parte Contratante ha incumplido este Convenio, si ese incumplimiento ha causado un daño al inversor y si éste fuere el caso, a fijar el monto de la indemnización correspondiente». Redacciones similares se incluyen en todos los APPIs de Venezuela, excepto en el APPI con Canadá, en el que se expresa que el tribunal puede acordar, separadamente o en combinación, sólo indemnizaciones en efectivo y los intereses correspondientes, o la restitución de la propiedad. En este caso la sentencia dispondrá que la Parte litigante podrá pagar una indemnización en efectivo y los intereses correspondientes en lugar de la restitución.

En el Tratado de Libre Comercio entre México y Bolivia, se prevé lo siguiente:

«Artículo 15-35: Alcance del laudo:

1. Cuando un tribunal establecido conforme a esta sección dicte un laudo desfavorable a una Parte, ese tribunal sólo podrá otorgar:
 - a) El resarcimiento por los daños pecuniarios y los intereses correspondientes; o
 - b) La restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que la Parte contendiente pueda pagar por los daños pecuniarios, más los intereses que procedan, en lugar de la restitución.

2. Cuando la reclamación la haga un inversionista en representación de una empresa con base en el artículo 15-19:
 - a) El laudo que prevea la restitución de la propiedad dispondrá que la restitución se otorgue a la empresa;
 - b) El laudo que conceda el pago por daños pecuniarios e intereses correspondientes dispondrá que la suma de dinero se pague a la empresa; y
 - c) El laudo se dictará sin perjuicio de los derechos que cualquier persona con interés jurídico tenga sobre la reparación de los daños que haya sufrido, conforme a la legislación aplicable.»

En el APPI entre Ecuador y Canadá, se prevé que «El tribunal solamente puede adjudicar, por separado o conjuntamente: a) compensación y cualquier interés devengado si es aplicable; b) restitución de propiedad, en cuyo caso la adjudicación dispondrá que la Parte Contratante litigante pague compensación monetaria y cualquier interés aplicable en lugar de restitución.»

Sentados así los elementos característicos de la regulación contenida en los APPIs de los Países Miembros sobre la solución de controversias en relación con inversiones, corresponde analizar las propuestas que sobre este punto se han formulado en el Proyecto de Acuerdo del ALCA.

Dado lo extenso del texto relativo a la solución de controversias en el ALCA, nos abstendremos de copiarlo en este Informe. Tan sólo haremos comentarios respecto de aquellos puntos de esas propuestas que sean relevantes a los efectos de este Informe:

- a) Solución de controversias entre Partes: Se plantea en primer término el recurso a la vía diplomática y, si no se soluciona en un plazo razonable a ser determinado, no menor a

6 meses, su sometimiento al «mecanismo horizontal de solución de controversias a ser establecido en el ámbito del ALCA». En nuestra opinión la solución por vía diplomática es plenamente compatible con los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros. Nos abstenemos de pronunciarnos sobre el mecanismo horizontal allí mencionado, por exceder los límites de este estudio.

- b) Habilitación para presentar reclamaciones o demandas: Se plantea que los demandantes sean los inversionistas y no las inversiones, aunque los inversionistas pueden actuar en representación de una empresa de otra Parte que sea de su propiedad o que esté bajo su control, y que haya sufrido daño. Se prevé asimismo que no podrá presentarse una reclamación si ha transcurrido un plazo de 3 años desde el momento en que el inversionista – o la empresa en su caso – conoció o debió conocer de la violación y del daño que ella le causaba.

Consideramos que estas propuestas se ajustan a lo previsto en los APPIs de los Países Miembros, que reconocen estos derechos a los inversionistas y no a las inversiones.

- c) Sometimiento de la reclamación a arbitraje: Hay varias propuestas en esta materia, que se distinguen en que unas plantean que la reclamación se someta al arbitraje de un tribunal ad-hoc designado conforme a las reglas de la CNUDMI, en tanto que otras plantean que lo sea según el Convenio del CIADI, o de su Mecanismo Complementario.

En conformidad con la descripción de los APPIs de los Países Miembros sobre esta materia, arriba expuesta, consideramos que se ajusta mejor a las disposiciones de esos Acuerdos el que se opte primeramente por el CIADI.

- d) Escogencia definitiva: Se prevé en todas las propuestas que la escogencia que haga un inversionista del mecanismo de solución de controversias (jurisdicción nacional o arbitraje internacional), la misma será definitiva.
- e) Medidas precautorias: Una de las propuestas plantea que el tribunal arbitral pueda solicitar a los tribunales nacionales, o dictar, una medida precautoria para preservar los derechos de la parte contendiente o para asegurar la jurisdicción del tribunal, incluyendo a este último respecto una orden para preservar las pruebas en posesión o bajo el control de una parte contendiente; pero esa medida precautoria no el acatamiento o la suspensión de la medida presuntamente violatoria del ALCA.

Hemos encontrado normas sobre esta materia únicamente en el APPI entre Ecuador y Canadá; en el TLC entre Bolivia y México y en el TLC del G-3. En el primer caso, se expresa que «El tribunal podrá ordenar una medida provisional de protección para salvaguardar los derechos de una Parte litigante, o para asegurar que la jurisdicción del tribunal es total, incluyendo la orden para preservar la evidencia que se halle en posesión o bajo el control de una parte litigante o para proteger la jurisdicción del tribunal. El tribunal no podrá ordenar el embargo o prohibir la aplicación de la medida que se alega constituye una violación de este Convenio. A efectos de este párrafo, toda orden comprende una recomendación», en tanto que en el TLC entre Bolivia y México se establece que «Un tribunal establecido conforme a esta sección podrá ordenar una medida provisional de protección para preservar los derechos de la parte contendiente o para asegurar que la jurisdicción del tribunal surta plenos efectos. Ese tribunal no podrá ordenar el apego a la medida presuntamente violatoria a la que se refiere el artículo 15-19 o la suspensión de la aplicación de la misma». En el TLC del G-3 se prevé que el tribunal «...podrá adoptar medidas provisionales para establecer su jurisdicción o preservar los derechos de las partes

contendientes. El tribunal no podrá ordenar medidas precautorias coercitivas ni la suspensión de la aplicación de la medida presuntamente violatoria de este Tratado».

En nuestra opinión, aun cuando no es usual la inclusión de normas de este tipo en los APPIs de los Países Miembros, el otorgamiento de estas facultades no contraviene los ordenamientos comunitarios ni nacionales, y es conveniente para preservar los derechos de las partes contendientes y, de esa forma, la efectividad del mecanismo de solución de controversias.

f) Alcance del laudo: Se plantea en una propuesta que el laudo sólo pueda otorgar el pago de los daños pecuniarios y los intereses que procedan, y la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que la Parte contendiente pueda pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan, en lugar de la restitución.

Como se observa, no se acoge en esas propuestas la posición de Venezuela y de algunos otros APPIs, en el sentido de que el laudo arbitral sólo contemple el pago de daños pecuniarios más sus intereses; aunque la posibilidad de que la parte contendiente obligada a la restitución pueda, a cambio, pagar daños pecuniarios resuelve la principal objeción de Venezuela a este respecto.

g) Protección diplomática: Se prevén cláusulas de corte similar a las contenidas sobre esta materia en los APPIs de los Países Miembros, según las cuales las Partes se abstendrán de tratar, por medio de canales diplomáticos, asuntos relacionados con controversias sometidas a proceso judicial o a arbitraje, salvo en el caso en que una de las partes en la controversia no haya dado cumplimiento a la sentencia judicial o al laudo arbitral, en los términos establecidos en la respectiva sentencia o laudo.

Se incluye también una propuesta según la cual «En cualquier procedimiento relacionado con una controversia en materia de inversión que se origine en una nacionalización, una Parte no podrá alegar como defensa, contrademanda, o por cualquier otra razón, que un nacional o una compañía de la otra Parte ha recibido o recibirá una indemnización u otra compensación por todos o parte de los presuntos daños, de conformidad con un contrato de seguro o de garantía».

Encontramos cláusulas similares en los APPIs de Bolivia con los Estados Unidos, de Ecuador con Estados Unidos y con Paraguay y de Perú con Paraguay, en una redacción incluso más amplia que la propuesta en el ALCA, puesto que abarca toda controversia y no sólo las originadas por nacionalizaciones.

En conclusión, notamos que las propuestas contenidas en el ALCA en cuanto a solución de diferencias entre inversionistas y Estados receptores de su inversión son, en sus elementos fundamentales, coincidentes con los datos característicos de los mecanismos de solución de controversias similares consagrados en los APPIs de los Países Miembros.

Corresponde analizar lo relativo a las disposiciones sobre solución de controversias contenidas en el TLC entre Chile y los Estados Unidos. Esas disposiciones, contenidas en los artículos del 10.14 al 10.26, ambos inclusive, no serán copiadas acá, dada su extensión.

Consideramos de su análisis que esas normas son compatibles con las contenidas en los APPI de los Países Miembros, siéndoles aplicables «mutatis mutandi», las observaciones formuladas al estudiar las propuestas planteadas en el Proyecto de Acuerdo del ALCA.

IV. CONCLUSIONES:

1. La normativa de la CAN en materia de inversiones abarca únicamente la inversión extranjera directa, las EMAs y la prestación de servicios a través de la presencia comercial. En consecuencia, salvo las normas sobre trato nacional a la inversión extranjera; derechos de los inversionistas subregionales y de las EMAs; acceso a mercado, trato nacional y trato de la nación más favorecida para los prestadores de servicios en la modalidad de presencia comercial, la CAN carece de normas sobre inversiones. Por tanto, el impacto sobre la normativa de la CAN que pudieren tener eventuales disposiciones sobre los demás asuntos analizados en el presente estudio, sería nulo.

Los posibles impactos específicos de normas similares a las propuestas contenidas en el Proyecto de Acuerdo del ALCA y en el TLC entre Chile y los Estados Unidos, sobre las disposiciones de la CAN en materia de trato nacional a la inversión extranjera; derechos de los inversionistas subregionales y de las EMAs; acceso a mercado, trato nacional y trato de la nación más favorecida para los prestadores de servicios en la modalidad de presencia comercial, se han expuesto al analizar cada uno de esos puntos en la sección III de este Informe.

2. Los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros de la CAN, incluyendo sus Constituciones, leyes sobre inversiones y APPIs, proveen una normativa sobre inversiones más amplia y con una regulación más detallada que la comunitaria. Es posible identificar los elementos comunes y rasgos esenciales presentes en esos ordenamientos jurídicos, de las diferentes figuras jurídicas a las que se contrae la regulación sobre inversiones contenida en el Proyecto de Acuerdo del ALCA y en el TLC entre Chile y los Estados Unidos. Una comparación entre esos elementos comunes y rasgos esenciales de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros y los contenidos en el Proyecto de Acuerdo del ALCA y en el TLC entre Chile y los Estados Unidos, muestra importantes coincidencias entre unos y otros, con las diferencias puntuales que se indican, en cada caso, en la sección III de este Informe.

3. Como consecuencia de lo indicado en el punto precedente, el posible impacto sobre los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros que pudieren tener eventuales disposiciones similares a las contenidas en el Proyecto de Acuerdo del ALCA y en el TLC entre Chile y los Estados Unidos sería, en general, menor, aun cuando deban mantenerse las salvedades respecto de las diferencias puntuales que se indican, en cada caso, en la sección III de este Informe, algunos de los cuales se refieren a asuntos que podrían colidir con aspectos esenciales de la regulación comunitaria, y de los Países Miembros, sobre inversiones, como lo sería, por ejemplo, la extensión del trato nacional a la etapa de establecimiento de la inversión, e incluso, a etapas previas a ese establecimiento.

4. Consideramos esencial la preservación de la capacidad de los Países Miembros para adoptar políticas en cuanto a las inversiones, sea para incentivarlas o expandirlas, sea para limitarlas o controlarlas, según se considere conveniente en cada momento y caso concreto. Por ello, ante el hecho de que los Países Miembros han adoptado en sus APPIs obligaciones

en relación a los estándares de trato a la inversión que podrían colidir con ese interés de adoptar políticas respecto de las inversiones, sugerimos que la CAN podría pasar a desempeñar un rol importante en esa materia, en ejercicio de sus facultades en materia de armonización de políticas y en vista de que es una persona jurídica internacional diferente a sus Países Miembros, pero cuyas Decisiones son de aplicación directa y preferente a las disposiciones contenidas en los ordenamientos jurídicos internos de esos países.

Gonzalo Capriles

Caracas, Diciembre 2004



Impacto de las Negociaciones Hemisféricas: Implicaciones en Propiedad Intelectual

Ana María Pacón

INDICE

Resumen Ejecutivo

1. Propiedad intelectual en la era de la globalización
2. Aspectos económicos de los derechos de propiedad intelectual (DPI)
 - 2.1 Cuantificación de los efectos económicos de los DPI: Problemática de los métodos empleados
 - 2.2 Efectos de los DPI en la actividad económica internacional
 - 2.2.1 DPI y comercio internacional
 - 2.2.2 DPI e inversión extranjera directa
 - 2.2.3 DPI y transferencia de tecnología
 - 2.3 Efectos de los DPI en el desarrollo económico de los países
3. Análisis legal y económico por áreas
 - 3.1 Aplicación de tratados por referencia
 - 3.1.1 Descripción del problema
 - 3.1.2 Antecedentes legislativos
 - 3.1.3 Propuestas de los países en el marco de las negociaciones del TLC EEUU-Países andinos
 - 3.1.4 Ventajas y desventajas de las propuestas
 - 3.2 Concesión de derechos de propiedad intelectual
 - 3.2.1 Descripción del problema
 - 3.2.2 Antecedentes legislativos
 - 3.2.2.1 El Acuerdo sobre los ADPIC
 - 3.2.2.2 La Decisión 486
 - 3.2.2.3 El TLCAN
 - 3.2.2.4 El TLCCE
 - 3.2.2.5 El RD-CAFTA
 - 3.2.2.6 ALCA
 - 3.2.3 Propuestas de los países en el marco de las negociaciones del TLC EEUU-Países andinos
 - 3.2.4 Ventajas y desventajas
 - 3.3 Patentabilidad de materia viva
 - 3.3.1 Descripción del problema
 - 3.3.2 Antecedentes legislativos
 - 3.3.2.1 El Acuerdo sobre los ADPIC
 - 3.3.2.2 La Decisión 486
 - 3.3.2.3 El TLCAN

- 3.3.2.4 El TLCCE
- 3.3.2.5 El RD-CAFTA
- 3.3.2.6 ALCA
- 3.3.3 Propuestas de los países en el marco de las negociaciones del TLC EEUU-Países andinos
- 3.3.4 Ventajas y desventajas de las propuestas
- 3.3.5 Análisis económico
- 3.4 Patentes de segundo uso
- 3.4.1 Descripción del problema
- 3.4.2 Antecedentes legislativos
- 3.4.2.1 El Acuerdo sobre los ADPIC
- 3.4.2.2 La Decisión 486
- 3.4.2.3 Los Tratados de Libre Comercio Regionales
- 3.4.2.4 ALCA
- 3.4.3 Propuestas de los países en el marco de las negociaciones del TLC EEUU-Países andinos
- 3.4.4 Ventajas y desventajas de las propuestas
- 3.4.5 Análisis económico
- 3.5 Métodos terapéuticos, quirúrgicos, de diagnóstico
- 3.5.1 Descripción del problema
- 3.5.2 Antecedentes legislativos
- 3.5.2.1 El Acuerdo sobre los ADPIC
- 3.5.2.2 La Decisión 486
- 3.5.2.3 El TLCAN
- 3.5.2.4 El TLCCE
- 3.5.2.5 El RD-CAFTA
- 3.5.2.6 ALCA
- 3.5.3 Propuestas de los países en el marco de las negociaciones del TLC EEUU-Países andinos
- 3.5.4 Ventajas y desventajas de las propuestas
- 3.5.5 Análisis económico
- 3.6 Extensión de los plazos de protección
- 3.6.1 Descripción del problema
- 3.6.2 Antecedentes legislativos
- 3.6.2.1 El Acuerdo sobre los ADPIC
- 3.6.2.2 La Decisión 486
- 3.6.2.3 El TLCAN
- 3.6.2.4 El TLCCE
- 3.6.2.5 El RD-CAFTA
- 3.6.2.6 ALCA

- 3.6.3 Propuestas de los países en el marco de las negociaciones del TLC EEUU-Países andinos
- 3.6.4 Ventajas y desventajas de las propuestas
- 3.6.5 Análisis económico
- 3.7 Información no divulgada
 - 3.7.1 Descripción del problema
 - 3.7.2 Antecedentes legislativos
 - 3.7.2.1 El Acuerdo sobre los ADPIC y la Decisión 486
 - 3.7.2.2 El Decreto 2085
 - 3.7.2.3 El decreto 502, el decreto 3759, la ley 822
 - 3.7.2.4 El TLCAN
 - 3.7.2.5 El TLCCEN
 - 3.7.2.6 El RD- CAFTA
 - 3.7.2.7 ALCA
 - 3.7.3 Propuestas de los países en el marco de las negociaciones del TLC EEUU-Países andinos
 - 3.7.4 Ventajas y desventajas de las propuestas
 - 3.7.5 Análisis económico
- 3.8 Vinculación de la autorización de comercialización con la patente
 - 3.8.1 Descripción del problema
 - 3.8.2 Antecedentes legislativos
 - 3.8.2.1 El Acuerdo sobre los ADPIC
 - 3.8.2.2 La Decisión 486
 - 3.8.2.3 El TLCAN
 - 3.8.2.4 El TLCCE
 - 3.8.2.5 El RD-CAFTA
 - 3.8.2.6 ALCA
 - 3.8.3 Propuestas de los países en el marco de las negociaciones del TLC EEUU-Países andinos
 - 3.8.4 Ventajas y desventajas de las propuestas
 - 3.8.5 Análisis económico
- 3.9 Licencias obligatorias
 - 3.9.1 Descripción del problema
 - 3.9.2 Antecedentes legislativos
 - 3.9.2.1 El Acuerdo sobre los ADPIC
 - 3.9.2.2 La Decisión 486
 - 3.9.2.3 El TLCAN
 - 3.9.2.4 El TLCCE
 - 3.9.2.5 El RD-CAFTA
 - 3.9.2.6 ALCA
 - 3.9.3 Propuestas de los países en el marco de las negociaciones del TLC EEUU-Países andinos
 - 3.9.4 Ventajas y desventajas de las propuestas

- 3.9.5 Análisis económico
- 3.10 El agotamiento de los derechos
 - 3.10.1 Descripción del problema
 - 3.10.1.1 Introducción
 - 3.10.1.2 Agotamiento nacional, regional, internacional
 - 3.10.1.3 Agotamiento internacional e importaciones paralelas
 - 3.10.2 Antecedentes legislativos
 - 3.10.2.1 El Acuerdo sobre los ADPIC
 - 3.10.2.2 Ordenamiento jurídico andino: Las Decisiones 486 y 351
 - 3.10.2.3 Los Tratados de Libre Comercio Regionales
 - 3.10.2.4 ALCA
 - 3.10.3 Propuestas de los países en el marco de las negociaciones del TLC EEUU-Países andinos
 - 3.10.4 Ventajas y desventajas de las propuestas
 - 3.10.5 Análisis económico
- 4. Acceso a recursos genéticos, conocimientos tradicionales
 - 4.1 Legislación sobre conocimientos tradicionales y recursos genéticos
 - 4.2 Lógica económica de la protección a la propiedad intelectual
 - 4.3 Características de los conocimientos tradicionales
 - 4.4 Los conocimientos científicos no se protegen
 - 4.5 Los conocimientos tradicionales tienen valor económico, pero el mercado no lo reconoce
 - 4.6 Los conocimientos tradicionales requieren protección
 - 4.7 Sobre el método para calcular el valor de los conocimientos tradicionales
 - 4.8 Propiedad intelectual y acceso a recursos genéticos, conocimientos tradicionales
 - 4.8.1 Introducción
 - 4.8.2 El CDB
 - 4.8.3 El Acuerdo sobre los ADPIC
 - 4.8.4 La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)
 - 4.8.5 El Grupo de Países Megadiversos Afines (GMPA)
 - 4.8.6 El ordenamiento jurídico andino: Las Decisiones 391 y 486
 - 4.8.7 La Ley 27811
 - 4.8.8 Los Tratados de Libre Comercio Regionales
 - 4.8.9 Propuestas de los países en el marco de las negociaciones del TLC EEUU-Países andinos
 - 4.9 Conclusión
- 5. Propiedad intelectual y salud pública
 - 5.1 Objetivo y justificación
 - 5.2 La postura tradicional basada en la propiedad intelectual
 - 5.3 Situación actual en la OMC y post Doha
 - 5.4 Opciones legales disponibles para lograr el objetivo
 - 5.4.1 Estrategia legal

5.4.2 Estrategia política

5.5 Necesidad de integrar los objetos y valores del conflicto

5.6 El rol de las patentes, precios e I & D

5.7 Derechos humanos y justicia

Conclusiones

RESUMEN EJECUTIVO

La expansión del comercio en una economía globalizada creó durante los 80 fuertes demandas de parte de las empresas de los países desarrollados por expandir y universalizar la protección de los derechos de propiedad intelectual (DPI). Estas empresas buscaban asegurar a nivel internacional cierto nivel de protección de los derechos de propiedad intelectual con el objetivo de captar las rentas que generaban el componente intangible de los productos y servicios comercializables. Al vincularse primero a nivel bilateral luego a nivel multilateral los temas de comercio con propiedad intelectual estos derechos han pasado a constituir materia de toda negociación comercial.

El presente estudio busca analizar el impacto legal y económico en los Países andinos de las áreas más sensibles en propiedad intelectual, que están siendo objeto de discusión en diversos foros internacionales y, por tanto, es muy posible que formen parte de las negociaciones que se vienen llevando a cabo entre Estados Unidos y los Países andinos (Colombia, Ecuador y Perú) para acordar un Tratado de Libre Comercio (TLC).

En la primera parte del trabajo se hace una breve introducción sobre el rol que juegan los derechos de propiedad intelectual en una economía globalizada. Se reseñan los mecanismos seguidos por los países desarrollados para elevar a nivel internacional la protección de los DPI pasándose de un régimen de sanciones comerciales unilaterales por uno de concesiones comerciales en el marco de los TLCs.

En la segunda parte se hace un análisis económico de los DPI. Se empieza por cuestionar los métodos hasta ahora empleados para cuantificar los efectos económicos de estos derechos, para analizar luego su impacto en la actividad económica internacional, en particular su relación con el comercio internacional, la inversión extranjera directa, así como la transferencia de tecnología. Finalmente, se estudian sus efectos en el desarrollo económico de los países. Se buscará analizar si extender el nivel de protección de los derechos de propiedad intelectual supera los costos de esta protección. Para ello se tendrá en cuenta la historia de los países desarrollados, el nivel de protección a los DPI que otorgaron en las primeras etapas de su desarrollo.

La tercera parte del trabajo se ocupará de las áreas más sensibles de propiedad intelectual que están siendo materia de regulación en los TLCs suscritos por los Estados Unidos: adhesión a tratados internacionales por referencia, modificación de los procedimientos de concesión o registro de los DPI, extensión de la patente a materia viva, a usos y segundas indicaciones médicas, a métodos terapéuticos, quirúrgicos y de diagnóstico, extensión del plazo de vigencia de la patente, protección de los datos de prueba, vinculación de las autorizaciones de comercialización con los sistemas de patentes, otorgamiento de licencias obligatorias y agotamiento de los derechos. En cada uno de estos temas se empieza por describir en qué consiste el problema, cuáles son las principales posiciones de los países a nivel internacional, cuál es su regulación en el Acuerdo sobre los ADPIC, en el ordenamiento

jurídico andino y en los TLCs suscritos por los Estados Unidos con países latinoamericanos (el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el Tratado de Libre Comercio suscrito con Chile, el Tratado de Libre Comercio suscrito con la República Dominicana y los países centroamericanos). Por último y aun cuando actualmente las negociaciones sobre la construcción de un Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) están entrampadas, el proyecto permanece en la agenda de los países andinos así como de los Estados Unidos, y puede esperarse que los presidentes del proceso (Estados Unidos y Brasil) busquen llegar a un entendimiento en el corto plazo. Por esta razón, las disposiciones del Tercer Borrador del ALCA también serán tomadas en cuenta en el estudio. Acto seguido, se pasan a analizar las ventajas y desventajas de las diferentes posiciones de los países a nivel internacional y se hace un análisis económico del problema. En algunos casos, por la información disponible, ha sido posible cuantificar el costo económico de otorgar un determinado nivel de protección, en otros el análisis es más cualitativo. Para tener de manera muy rápida una idea de la diferente regulación de cada tema en los ordenamientos jurídicos que se analizan, se consigna al final de cada tema una tabla comparativa.

En el cuarto capítulo se analizan los temas de acceso a los recursos genéticos y la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. Estos temas están siendo objeto de discusión y estudio en diferentes foros internacionales, los cuales en la mayoría de los casos se abocan a estudiar en cada uno de ellos un aspecto del problema. En los Países andinos ambos temas son desde hace varios años parte fundamental de la agenda nacional. En el tema del acceso a los recursos genéticos se cuenta con una normativa pionera, que es objeto de referencia obligada en cualquier estudio o discusión que se realice. De otro lado, en los foros internacionales los Países andinos tienen un rol activo, liderando en muchos casos las discusiones. En las negociaciones del TLC con los Países andinos más de un jefe de negociación ha manifestado que el reconocimiento de éstos son primordiales para los Países y que alguna de las concesiones que se puedan hacer en otras áreas de propiedad intelectual está supeditado a que se otorgue un mínimo de protección a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales por parte de los Estados Unidos. En este sentido, en este capítulo se empieza por realizar una descripción del tratamiento de los recursos genéticos en los tratados internacionales, para luego llevar a cabo un análisis económico de estos temas y concluir estudiando la vinculación de los mismos con el sistema de propiedad intelectual. En este punto se expone el avance actual de las discusiones en los foros internacionales. Los Países andinos son conscientes que una verdadera protección de estos temas sólo se logrará cuando los mismos sean objeto de reglas claras, precisas y vinculantes en un tratado internacional. Por esta razón este capítulo concluye estableciendo algunos puntos que se deben tomar en cuenta en el diseño de un régimen de protección internacional.

El quinto capítulo se ocupa del problema de salud pública. Se parte por reconocer que los DPI tienen una incidencia en el precio de los medicamentos. En este punto existe consenso a nivel internacional, donde no existe consenso es en el grado de incidencia de la propiedad intelectual en el tema de acceso a medicamentos. Se considera que otros factores como la pobreza generalizada, la falta de una política de prioridades de parte de los Gobiernos y la carencia de fondos públicos para permitir a los más pobres el acceso a los medicamentos genéricos son parte importante de la actual crisis global de salud. Para buscar aliviar los efectos de la propiedad intelectual se propone que los países utilicen todas las flexibilidades previstas en el mismo sistema, de acuerdo con su regulación en los tratados internacionales, en especial con los acuerdos logrados en los últimos años en esta área, a saber: la Declaración de Doha sobre el Acuerdo de los ADPIC y Salud Pública y la Decisión del Consejo General sobre la implementación de esta Declaración. Estas flexibilidades van a ser objeto de análisis en el tercer capítulo (uso de los datos de prueba, licencias obligatorias, importaciones paralelas). Pero en la medida que los costos de I & D se recuperan prácticamente en los países desarrollados debe exceptuarse a los países en desarrollo a contribuir en su recuperación. En este sentido, se propone la introducción de otros

mecanismos, tales como el uso de precios diferenciados. De acuerdo con el principio moral de distribución, las empresas farmacéuticas deben contribuir y apoyar una política de precios diferenciados. Los Estados por su parte tienen la obligación de diseñar una política adecuada donde se priorice el acceso a las medicinas y de establecer fondos públicos para el acceso a los más pobres de los productos farmacéuticos genéricos.

En la parte final del estudio se consignan las conclusiones a las que se llegan a lo largo del trabajo y se establecen recomendaciones para los equipos de negociación de los Países andinos en el marco de las negociaciones del TLC con los Estados Unidos.

1. PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN

En el contexto de la globalización y de la liberalización comercial, la protección de la propiedad intelectual ha emergido como un punto central de la agenda internacional. La incorporación de este tema al sistema multilateral del comercio, en el año 1994, representó un cambio estructural en el sistema con respecto a lo que primaba antes.

¿Qué razones estuvieron detrás de este cambio? La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) era, hasta ese momento, la única organización internacional especializada en asuntos de propiedad intelectual. Sin embargo, su desempeño no satisfacía, principalmente, a los Estados Unidos ni a su industria. En primer lugar, porque sus propuestas para aprobar *estándares más altos* en propiedad intelectual eran sistemáticamente bloqueadas por los países en desarrollo. En segundo lugar, porque la *armonización de estándares a nivel internacional* tampoco era factible, puesto que los países podían adherirse o no a los distintos tratados administrados por la OMPI. En tercer lugar, porque la OMPI *carecía de mecanismos de cumplimiento* de principios y reglamentos. Se vio, entonces, la necesidad de modificar la estrategia hasta ahora seguida y moverse a otro foro en el que se pudieran lograr estos objetivos.

Así, por un lado, se empezaron a vincular los temas de comercio con los de propiedad intelectual. Desde mediados de los 80, los Estados Unidos¹ al amparo de la Sección 301 de la Ley Omnibus sobre Comercio y Competitividad habían venido suscribiendo con diversos países en desarrollo acuerdos bilaterales que garantizaban una protección de los derechos de propiedad intelectual de empresas norteamericanas², a cambio de determinadas preferencias arancelarias. De esta situación se aprovechó también la Unión Europea³.

Por otro lado, en el marco de las negociaciones del GATT, en la Ronda Uruguay, los países desarrollados (presionados por su industria) impulsaron la inclusión del tema de propiedad intelectual. Las negociaciones concluyeron en 1994 con la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y con la aprobación de 28 acuerdos, entre ellos el de los Aspectos Relacionados con la Propiedad Intelectual y el Comercio (ADPIC) que establece estándares mínimos a cumplir por todos los países firmantes.

ADPIC elevó los estándares sobre los derechos de propiedad intelectual a nivel internacional.

¹ Sobre el lobby seguido por ciertas empresas norteamericanas para lograr la globalización de los derechos de propiedad intelectual, ver Sell, *Private Power, Public Law: the Globalization of Intellectual Property Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, ver también Drahos, *Expanding Intellectual Property's Empire: the Role of the FTA's*, Noviembre 2003, disponible en: <http://www.grain.org>.

² Por ejemplo, el acuerdo suscrito entre los Estados Unidos y Corea del Sur de 1986.

³ Por ejemplo, el Reglamento (CEE) n° 3912/87 del Consejo de 18 de diciembre de 1987 suspende las preferencias arancelarias generalizadas para 1988 a productos originarios de Corea, como resultado de la discriminación de ciudadanos europeos frente a ciudadanos estadounidenses en el campo de propiedad intelectual. Ver Diario Oficial n° L369 del 29.12.1987, p. 0001.

Con su adopción se pensó, de un lado, que las presiones unilaterales iban a terminar y que cualquier controversia sobre estos temas se ventilaría a través del sistema de solución de diferencias de la OMC⁴, de otro lado, que los futuros desarrollos sobre propiedad intelectual sucederían en el marco de la OMC y que estos desarrollos estarían exclusivamente orientados a elevar los derechos de los titulares de propiedad intelectual. Sin desconocer los importantes avances en la armonización internacional de los derechos de propiedad intelectual que ADPIC ha logrado⁵, puede concluirse diez años después de la aprobación de este Acuerdo que ninguno de estos vaticinios se cumplió, por lo menos no en el grado que inicialmente se suponía.

Diversos hechos explican que ello no haya sucedido así: En junio del 2001 los países africanos lanzaron en el Consejo de los ADPIC una iniciativa tendiente a analizar el rol de la propiedad intelectual en el acceso a las medicinas. A finales del 2001, en la Reunión Ministerial de Doha, se aprobó la Declaración Ministerial de Doha sobre los ADPIC y Salud Pública, declaración que ha sido considerada por la industria farmacéutica norteamericana contraria a sus intereses. Igualmente, la revisión del artículo 27.3 b) ADPIC relativo a las excepciones a la patentabilidad de materia viva no prosperó de la manera que los Estados Unidos hubiesen querido. Adicionalmente, la propuesta de los países en desarrollo de vincular las normas de propiedad intelectual con las normas sobre biodiversidad ha tenido cierta acogida. De esta manera, los países en desarrollo, con el apoyo de ciertas organizaciones no gubernamentales, iniciaron una resistencia con la que no se contaba.

Los anteriores acontecimientos originaron que la OMC haya devenido en un foro poco amigable para la continua expansión de los derechos de propiedad intelectual⁶. Por esta razón, la armonización y elevación de estos derechos viene dándose en los últimos años a través de dos canales: por un lado, se ha visto la necesidad de volver a recurrir a la OMPI⁷, por otro lado, se vienen celebrando una serie de tratados bilaterales de libre comercio (TLCs) y los tratados bilaterales sobre inversión (TIRs), cuyos principales impulsores son los Estados Unidos y en menor medida la Unión Europea.

El presente trabajo busca analizar el impacto legal y económico en los Países andinos de las áreas más sensibles en propiedad intelectual, que están siendo objeto de discusión en diversos foros internacionales y han sido incluidos en los recientes TLCs suscritos por los Estados Unidos con Chile y Centroamérica. Al mismo tiempo se va a analizar el alcance de las disposiciones acordadas, a efectos de intentar contribuir a un mejor entendimiento de las mismas. Aun cuando oficialmente no se conoce el texto propuesto por los Estados Unidos en el marco de las negociaciones que se están llevando a cabo con los Países andinos (por tener el mismo carácter confidencial) se sabe que estos temas son también aquí objeto de intensas discusiones. Por último y aun cuando actualmente las negociaciones sobre la construcción de un Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) están

⁴ Ciertamente la posibilidad de utilizar el sistema de solución de diferencias de la OMC constituye una de las características y logros del Acuerdo sobre los ADPIC. Ello permite imponer sanciones comerciales a los países que incumplan con las obligaciones previstas en los ADPIC. A pesar de lo anterior, para los países en desarrollo la ventilación de las controversias en este foro les aseguraba no estar más sujeto a presión unilateral. Adicionalmente, el sistema fue mejorado sustancialmente en comparación con el mecanismo que regía bajo el GAIT. En particular, el tiempo del procedimiento se acortó y flexibilizó, se estableció el Órgano de Solución de Diferencias, la posibilidad de que las primeras resoluciones adoptadas por un grupo especial sean aceptadas o rechazadas en su totalidad por los Miembros de la OMC, así como la posibilidad de que un órgano revisor revise la causa vía apelación. La importancia de este mecanismo en propiedad intelectual ha sido moderada, debido a que algunos Estados miembros continúan aplicando medidas unilaterales, además de que algunos Estados no siempre han observado este mecanismo por un análisis costo-beneficio.

⁵ Muchos países en desarrollo carentes de suficiente capacidad para diseñar sus propias opciones normativas, influenciados por la asistencia técnica recibida y «leyes modelo» o deseosos de evitar posibles cuestionamientos sobre la consistencia de la legislación nacional con el Acuerdo, han incorporado – en ocasiones textualmente – varias de sus disposiciones.

⁶ Ver Drahos (nota 1); Correa, Desarrollos recientes en el área de propiedad intelectual: los múltiples senderos de la armonización, en: http://www.iprsonline.org/unctadictsd/dialogue/docs/Correa_2004-03-22.pdf.

⁷ En los últimos diez años, la OMPI ha ido recuperando terreno: ha logrado acuerdos con la OMC en el campo de la asistencia técnica sobre propiedad intelectual a los Países miembros, acordado una serie de nuevos tratados internacionales (TLT, WCT, WPPT, PLT) y lanzó y está impulsando la «Agenda de Patentes» que incluye la negociación sobre un nuevo tratado sobre armonización sustantiva de derecho de patentes (SPLT).

entrampadas, el proyecto permanece en la agenda de los países andinos así como de los Estados Unidos, y puede esperarse que los presidentes del proceso (Estados Unidos y Brasil) busquen llegar a un entendimiento en el corto plazo. Por esta razón, las disposiciones del Tercer Borrador del ALCA también serán tomadas en cuenta en el estudio.

Antes de pasar a analizar todos estos temas se ha considerado conveniente, previamente, realizar un breve análisis de los aspectos económicos de la propiedad intelectual.

2. ASPECTOS ECONÓMICOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL (DPI)⁸

La fuerte presión ejercida por los países desarrollados para fortalecer los derechos de propiedad intelectual, sobre todo a partir de las negociaciones comerciales de la Ronda Uruguay, es vista con preocupación en los países en desarrollo, importadores netos de nuevas tecnologías y de productos intensivos en el uso de éstas. Preocupa en particular el efecto que pueda tener la elevación de los precios de las medicinas en la salud de la población de menores ingresos, así como la pérdida de rentabilidad de la producción agrícola rural ante la aparición de nuevas semillas y variedades vegetales que no están al alcance de los productores. También en los países desarrollados ha habido fuerte oposición al incremento de la protección a los conocimientos, sobre todo en el caso del software, los materiales en Internet y las patentes en biotecnología.

Por otra parte, se espera que la extensión de la protección también aporte beneficios, porque es un incentivo para desarrollar nuevas invenciones, y la difusión de estándares internacionales de protección debe contribuir a que aumenten los flujos de inversión y tecnología hacia los países pobres.

2.1 CUANTIFICACIÓN DE LOS EFECTOS ECONÓMICOS DE LOS DPI: PROBLEMÁTICA DE LOS MÉTODOS EMPLEADOS

La protección de los DPI origina costos y beneficios de modo que, para definir si conviene o no extenderla, sería preciso determinar si los beneficios son mayores a los costos o no. Cuando éstos no han sido cuantificados se podrá tener discusiones sin fin sobre el tema, pues la conclusión dependerá de la percepción que se tenga sobre la importancia relativa de dichos costos y beneficios. Pero la dificultad de llegar a resultados generalmente aceptables aumenta por el hecho de que los costos sociales de la mayor protección a la propiedad intelectual, ligados a la limitación del acceso a la información, se perciben sobre todo en el corto plazo, mientras que los beneficios derivados de la mayor inversión, se perciben en el largo plazo. Por último, incluso contando con evaluaciones cuantitativas es probable que las discusiones continúen, en la medida que los diversos métodos parten de hipótesis también discutibles, pero es indudable que con los ejercicios de cuantificación se habrá avanzado en la comprensión del problema y en la posibilidad de tomar decisiones adecuadas.

El crecimiento económico de un país depende de muchas variables, entre las cuales se encuentran, por una parte, las políticas macro económicas y comerciales, la política de competencia, la política laboral, etc. y por otra parte la dotación de recursos productivos y la infraestructura del país. La protección a los DPI es una de esas muchas variables, y será necesario distinguir su impacto sobre la economía, de los impactos de las demás variables. Por otra parte, algunas de esas variables ya tienen una medida cuantitativa que forma parte

⁸ Para la elaboración de esta parte del estudio, así como para el análisis económico de las diferentes normas de propiedad intelectual que se analizan en el presente estudio, se ha contado con la colaboración del economista Víctor Revilla.

de las estadísticas, como por ejemplo la masa monetaria o la recaudación tributaria, pero no se cuenta con una medida de la intensidad de la protección a los DPI.

Por último, si bien es posible construir un indicador de la protección que brinda la ley, se debe tomar en cuenta que la misma legislación tendrá diferentes efectos en países que difieren en el esfuerzo con que ésta se aplica.

La Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR por sus siglas en inglés) emite informes anuales en que califica la protección a los DPI en los países como débil, moderada, buena o fuerte. Como es lógico, la calificación refleja la percepción y el interés de las empresas norteamericanas, y los cuatro términos utilizados no dan una medida precisa del nivel de protección que otorgan los países⁹.

Se han elaborado índices de protección de los DPI por país, como la suma ponderada de las calificaciones acordadas a diferentes componentes de la propiedad intelectual: tales como las patentes, marcas, secretos comerciales, nuevas formas de vida, derechos de autor, afiliación a tratados internacionales, administración y esfuerzo en la aplicación de la legislación. La limitación principal de este tipo de índices es la subjetividad, presente tanto en la calificación de los componentes como en la ponderación acordada a cada uno, lo que explica que haya diferencias notables en los resultados obtenidos por distintos autores.

La Business Software Alliance (BSA), la Software and Information Industry Association y la International Intellectual Property Association (IIPA) publican estimados elaborados por sus empresas asociadas del grado de incumplimiento de los DPI en los países, con porcentajes de piratería y pérdidas de ingresos, para recomendar calificaciones al USTR. El método de estimación es simplista, pues se pregunta a las empresas asociadas sobre el nivel de ventas de la piratería que creen existe, y suponen luego que estas ventas desplazan y originan pérdidas a las empresas norteamericanas, sin tener en cuenta la reacción del mercado a los precios¹⁰. Así se llega a la conclusión de que las empresas de software consideran que pierden más de diez mil millones de dólares anuales por causa de la piratería, y que las mayores pérdidas se presentan en los Estados Unidos, conclusiones ambas que no dejan de ser interesantes, a pesar del cuestionado método seguido. En efecto, al presentar montos tan abultados de pérdidas, las empresas de software corren el riesgo de que los Gobiernos consideren que estos montos son, al mismo tiempo, una medida del alto costo social de erradicar la piratería, y lleguen éstos a la conclusión de que es mucho lo que se puede ganar si sus países dejan de usar los servicios de las empresas, mediante la adopción generalizada de sistemas de software libre, por ejemplo. Si además, resulta que los Estados Unidos son el país con mayor nivel absoluto de piratería, la meta de erradicarla aparecerá como inútil e inalcanzable para los países en desarrollo.

Por otra parte, el porcentaje de infracciones a los derechos de propiedad intelectual no es una medida del esfuerzo realizado por la autoridad para lograr el cumplimiento de las normas, porque la comisión de infracciones depende también de otras variables, como los niveles de precios que fijan los propietarios de los derechos, el ambiente empresarial, la escala de valores de la sociedad y el ingreso per cápita de la población. Con respecto a esta última variable, es claro que al aumentar el ingreso aumenta la demanda de productos de calidad y de una mayor variedad de bienes de consumo, incluyendo los de alta tecnología, diferenciados por marcas, etc., lo cual explica que en los países en desarrollo sea menor la disposición a pagar por los bienes intensivos en tecnología.

⁹ Maskus, Intellectual property rights on the global economy, Institute for International Economy, Washington, 2000.

¹⁰ Fink/Maskus (eds.), Intellectual Property and Development: lessons from recent economic research, World Bank and Oxford University Press, Washington, 2005.

2.2 EFECTOS DE LOS DPI EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA INTERNACIONAL

Es un dato comprobado históricamente que, con el mayor ingreso de su población, los países otorgan una mayor protección a los DPI¹¹, pero lo que requiere una demostración es que la causalidad también actúa en sentido inverso, es decir, que la mayor protección a los DPI favorece el crecimiento económico.

2.2.1 DPI Y COMERCIO INTERNACIONAL

No hay duda de que la protección a los DPI afecta el comercio, pero según los casos el efecto puede ser positivo o negativo, es decir que, en general, no se puede afirmar que los DPI favorecen o desfavorecen el flujo comercial entre los países. Por ejemplo, si una empresa de un país «A» se apropia una marca del país «B» va a impedir las importaciones del producto del dueño inicial de la marca, o éstas se harán con un sobre costo. En este ejemplo, la mayor protección a los DPI favorece el comercio, porque si se impide el registro de la marca copiada en «A» no habrá restricción a las importaciones desde «B». Pero, si ocurre que es la empresa del país «A» la que intenta exportar al país «B» (aprovechando la reducción de costos de publicidad para su marca originada por la débil protección a los DPI) entonces la mayor protección más bien desfavorece el comercio.

Es posible también que la firma propietaria de una patente opte por encarecer sus exportaciones, si en el país de destino la protección a los DPI es alta, lo cual reduce el volumen exportado y, al contrario, una débil protección obliga a reducir el precio (con lo que aumenta el volumen exportado) si la firma teme el ingreso ilegal de competidores que copien su patente, con lo que aumenta el volumen exportado.

Los ejemplos citados muestran que, si bien hay aspectos de la propiedad intelectual que están muy relacionados con el comercio, el sentido del efecto es ambiguo. Si predomina o no el sentido positivo, es una cuestión empírica, cuestión a la que se ha intentado responder con trabajos econométricos realizados, cuyos resultados parecen indicar que, en general, la protección a los DPI incentiva el comercio internacional¹².

2.2.2 DPI E INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA

El comercio internacional es una alternativa a la inversión extranjera directa (IED) en la medida en que la demanda de un país puede ser abastecida tanto desde el extranjero, mediante importaciones, como desde una planta construida en el país con inversión extranjera. Así, una primera respuesta a la pregunta de si el fortalecimiento de los DPI incentiva la IED es que existe ambigüedad, igual que en el caso del comercio internacional.

La decisión entre invertir o no en un país no es una simple alternativa entre dos opciones, porque la inversión se puede realizar construyendo una planta, o comprando una en operación, con tecnología de punta o no, en participación con productores locales o con inversionistas que sólo aporten capital y, en este caso, con la mayoría del capital o un porcentaje menor al 50%, que podría llegar incluso a no participar en el accionariado y otorgar una franquicia del producto o servicio, o de la tecnología.

¹¹ «tradicionalmente los países han utilizado los sistemas de PI para promover lo que perciben como sus propios intereses económicos. Los países han modificado sus sistemas en diferentes etapas de su desarrollo económico a medida que esa percepción – y su situación económica – han cambiado. Por ejemplo, entre 1790 y 1836, Estados Unidos, un importador neto de tecnología, restringió la expedición de patentes a sus ciudadanos y residentes. Incluso en 1836, las tasas por obtención de patentes que se cobraban a los extranjeros eran diez veces superiores a las aplicadas a los ciudadanos estadounidenses.», ver Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual (CIPR), Integrando los derechos de propiedad intelectual y las políticas de desarrollo, Reporte Final, 2002, 18, disponible en <http://www.iprcommission.org>.

¹² Maskus (nota 9), 115-118

La elección en este amplio abanico de opciones depende también de un amplio número de variables, entre las cuales se encuentran la disponibilidad y condiciones del abastecimiento de insumos y de recursos productivos, de la talla del mercado, la incidencia de los impuestos locales, los costos de transporte, de la intensidad de la regulación, y de otros aspectos particulares, como pueden ser la existencia de corrupción entre las autoridades, la posibilidad de contratar empresas constructoras fiables, etc. La protección que se otorgue a los DPI es un factor relevante, pero es uno entre muchos factores a considerar, lo que dificulta la estimación de su impacto.

En la obra citada, Maskus muestra que la atracción que ejerce la mayor protección a los DPI sobre la IED varía mucho con el nivel de desarrollo que hayan alcanzado los países:

Los países menos desarrollados no atraen IED, salvo en actividades extractivas, debido a la falta de mano de obra calificada, la baja calidad de la educación, la inseguridad, la falta de infraestructura de transporte, la corrupción, etc. En estos casos, no puede esperarse que la mayor protección a los DPI genere un flujo de inversión extranjera en tanto no se creen las condiciones mínimas en infraestructura, instituciones, capital, educación y calificación de su población para el trabajo.

Cuando se dan estas condiciones mínimas, el país se hace atractivo para la inversión y crece rápidamente. La IED se orienta a las actividades intensivas en mano de obra, por parte de empresas transnacionales que buscan aprovechar las ventajas de un menor costo laboral en un entorno favorable, para abastecerse competitivamente de insumos o ensamblar sus productos terminados, es decir, en proyectos de expansión vertical de la producción. En esta etapa, la inversión típica es en una filial de la empresa transnacional, en que crece el comercio al interior de la firma, de modo que la protección a los DPI aún no adquiere relevancia. Es el caso, por ejemplo, de la industria farmacéutica, en que la sustancia activa se elabora, por lo general, en el país propietario del conocimiento, y la mezcla con excipientes se realiza en una industria ligera en países en desarrollo.

Al cabo de años de inversión, los salarios se elevan y el país pierde su ventaja inicial por menor costo de mano de obra, pero entonces el mercado interno ha crecido, así como la capacidad de producción, lo que lleva a una tercera etapa de inversión horizontal de las empresas y al comercio intra industrial¹³. Los determinantes de este tipo de inversión son los costos de transporte, el nivel del ingreso y la dimensión del mercado, la disponibilidad de servicios empresariales complementarios y, lógicamente, la protección a los DPI de quienes están creando nuevos productos y tecnologías.

Por otra parte, como indica Javorcik¹⁴, la magnitud de la protección de los DPI en un país afecta la composición de la IED que recibe. Más específicamente, en el estudio citado se encuentra que un régimen de DPI débil detiene la inversión extranjera en sectores de alta tecnología, donde la propiedad intelectual juega un papel importante. Es más, los proyectos de IED cambian de orientación, de la fabricación a la distribución.

Sin embargo, hay que tomar en cuenta que, incluso en los sectores de alta tecnología, un factor tan relevante o más que la protección a los DPI sobre la decisión de invertir en el exterior, exportar o vender una licencia de fabricación, es la protección a la ejecución de

¹³ Krugman/Obstfeld, *Economía Internacional: Teoría y Política*, Mac Graw Hill, Madrid, 1995, 160.

¹⁴ Javorcik, *The Composition of Foreign Direct Investment and Protection of Intellectual Property Rights: Evidence from Transition Economies*, en: Fink/Maskus (eds.) (nota 10).

los contratos en el país de destino o, en general, los costos de transacción de la operación de venta de tecnología. La comparación relevante es entre las ventajas de producir al interior o al exterior de la firma, lo que depende de los costos para firmar y proteger la ejecución de los contratos entre firmas independientes. En particular, el costo de alcanzar a firmar un contrato de transferencia de tecnología depende del grado de dificultad de copiarla, porque si la copia es fácil, el dueño temerá que proporcionar la información mínima requerida para alcanzar a firmar el contrato de transferencia, pueda dar lugar a que la contraparte decida producir por cuenta propia, apropiándose ilícitamente de la tecnología. Como esta posibilidad es mayor con baja protección de los DPI, el efecto probable es que la firma propietaria opte por invertir en una sucursal y no licenciar la tecnología, es decir, que a menor protección a los DPI se tendría, en este caso particular, mayor IED.

La inversión extranjera en bienes y servicios de baja tecnología, como la producción textil, el ensamblaje de aparatos electrónicos y hoteles, depende poco de la protección a los DPI. Lo mismo ocurre cuando la tecnología incorporada en la producción es difícil de imitar, lo que constituye un problema para los propietarios de las tecnologías que han aparecido en los últimos años, que son de muy fácil imitación, como los productos farmacéuticos, químicos, aditivos alimentarios y software, lo que aumenta la importancia de la protección a los DPI. En una encuesta a firmas realizada en los Estados Unidos a industrias con inversiones en el exterior se encontró que quienes mayor importancia atribuyen a los DPI son las de investigación en farmacéuticos, y las que les atribuyen la menor importancia son las de equipo de transporte e industrias de alimentos. Asimismo, se encontró que, al interior de cada industria, en las actividades de distribución y ventas se daba una importancia mínima a los DPI, y que ésta iba en aumento en las actividades de ensamblaje, manufactura de componentes, productos finales, respectivamente, y que la importancia acordada a los DPI era máxima en las actividades de investigación y desarrollo¹⁵.

2.2.3 DPI Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA

Si un proveedor de tecnología extranjera concede una licencia de producción a una empresa nacional, en vez de establecerse localmente para producir en el país, no hay impacto sobre la inversión extranjera y, sin embargo, el resultado puede ser más beneficioso para la economía nacional por el incremento de la capacidad tecnológica interna.

Por otra parte, si bien la mayor protección a los DPI puede contribuir a aumentar las importaciones de alta tecnología, no se puede garantizar que la economía nacional sea capaz de absorber esa tecnología y servirse de ella para realizar innovaciones en el futuro, en otras palabras, la transferencia de tecnología puede no ser sostenible.

Más bien, una protección débil a los DPI puede ser un medio de acceder a las tecnologías extranjeras y luego desarrollarlas utilizando la ingeniería inversa, para promover así la capacidad tecnológica nacional¹⁶.

La transferencia de tecnología puede darse de tres maneras diferentes: junto con la IED, por medio de contratos de asociación o por contratos de licencia. En los tres casos hay un costo de transferencia, que varía desde un valor cercano a cero (software o música digital) hasta valores muy elevados, dependiendo en cada caso de:

- la capacidad del comprador para absorber la nueva tecnología,

¹⁵ Mansfield, Intellectual Property Protection, Direct Investment, and Technology Transfer, International Finance Corporation, Discussion Paper 19, Washington, 1994.

¹⁶ Ver Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual (CIPR), Integrando los derechos de propiedad intelectual y las políticas de desarrollo, Reporte Final, 2002, 18, disponible en <http://www.iprcommission.org>.

- la información previa que tengan los contratantes y
- el marco regulatorio de la protección a los DPI.

Por una parte, los DPI elevan el costo de la transferencia ilegal de la tecnología y, por otra, reducen los costos de la transferencia autorizada, de modo que el efecto sobre la transferencia total, autorizada y no autorizada, es también ambiguo en este caso, como se ha visto en relación al comercio exterior y la IED. También en este caso, lo conveniente para un país pobre es otorgar poca protección a los DPI, y aumentar esta protección conforme aumenta su riqueza y se va acercando a la frontera del desarrollo tecnológico¹⁷.

2.3 EFECTOS DE LOS DPI EN EL DESARROLLO ECONÓMICO DE LOS PAÍSES

Como se ha indicado, es evidente que los países desarrollados son los que más protegen los DPI, pero este hecho no lleva a la conclusión de que la protección a los DPI es un factor importante de crecimiento económico y cultural. Más bien, al contrario, la historia del crecimiento económico de los países desarrollados muestra que ninguno de éstos otorgó una fuerte protección a los DPI en etapas tempranas de su desarrollo¹⁸.

La práctica común ha sido favorecer la difusión de la información a través de la imitación de productos y tecnologías extranjeras, y sólo otorgar protección a los DPI cuando las empresas nacionales lo requerían, luego del largo proceso del crecimiento económico y de haberse situado como creadoras de conocimientos. Por ejemplo, los Estados Unidos no reconocieron ningún derecho a los autores extranjeros hasta que sus autores nacionales comenzaron a vender fuera del país y a incurrir en pérdidas por falta de reciprocidad de Gran Bretaña en el pago de los derechos de autor.

La protección a los DPI tiene costos y beneficios, es decir, que tiene efectos negativos y positivos sobre el crecimiento¹⁹.

Entre los primeros se encuentra el costo de administrar y lograr el cumplimiento de los DPI, que no es pequeño, porque los Estados Unidos gastan unos 300 millones de dólares al año en la operación de la oficina de patentes y marcas, mientras que el Brasil gasta unos 30 millones.

El efecto de desplazar a los usuarios no autorizados de DPI extranjeros es un costo para el país, por el monto de los pagos que habrá que realizar a las empresas propietarias de los DPI. Los cálculos realizados llevaban a estimados del orden de mil quinientos millones de dólares anuales para la India, Argentina y Brasil.

Otras fuentes de costo de la protección son: el pago de regalías, que podría llegar a ser el 5% del comercio mundial, el costo de oportunidad del aumento de la investigación y desarrollo de tecnologías y los efectos anti-competitivos en la economía.

¹⁷ Maskus (nota 9), 138.

¹⁸ Ver Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual (CIPR) (nota 11), 18.

¹⁹ Los siguientes datos han sido obtenidos de Sieger (Ed.), Strengthening protection of intellectual property in developing countries: a survey of the literature, World Bank, Discussion Paper 112, Washington, 1994.

Sin embargo, por las razones indicadas líneas arriba, no es posible afirmar que los beneficios son superiores a los costos, y menos aún en el caso de los países en desarrollo. Incluso en los países desarrollados existe la opinión de que se ha llegado a un exceso en la protección a los DPI, opinión que fuera adelantada hace décadas por Friedrich von Hayek, un conocido defensor de la expansión de los derechos de propiedad:

«una aplicación servil [a la propiedad intelectual] del concepto de propiedad desarrollado para las cosas materiales ha jugado un papel importante en apoyar el crecimiento del monopolio, y . . . será necesario realizar reformas drásticas para que la competencia pueda realizar su trabajo. En el campo de las patentes industriales en particular tendremos que examinar en serio si el premio de un privilegio de monopolio realmente es la forma más apropiada y eficaz de incentivo para el tipo de inversión de riesgo que implica la investigación científica.»²⁰

Luego de estudiar el impacto de la eventual mayor protección a los DPI en los países en desarrollo, en el caso de los productos farmacéuticos, Condon y Sinha concluyeron que «El efecto que las patentes tienen sobre la innovación y el desarrollo económico en los países en vías de desarrollo no es conducente a sus necesidades sociales y económicas²¹.»

Una de las razones que dan los autores es que el mercado de los países en desarrollo es muy reducido y no es rentable financiar invenciones para satisfacer los requerimientos de sus habitantes. Al respecto, conviene notar que América Latina tiene poca importancia en el mercado mundial de la propiedad intelectual, y menos importancia tiene el mercado de la Comunidad Andina. Así, por ejemplo, en el cuadro adjunto se aprecia que en el mercado de medicamentos, constituido por productos intensivos en el uso de tecnología, América Latina representa sólo el 4% de las ventas.

Ventas totales de Medicamentos a Nivel Mundial según Región Año 2002 (en miles de millones de dólares)

Región	Ventas	Participación	Variación*
América del Norte	203.6	51%	12%
Unión Europea	90.6	22%	8%
Resto de Europa	11.3	3%	9%
Japón	46.9	12%	1%
Asia, África y Australia	31.6	8%	11%
América Latina	16.5	4%	-10%
Total	400.6	100%	8%

* Esta variación es respecto del año 2001 (dólares constantes)
Fuente: IMS Health. IMS World Review 2003²²

²⁰ Citado por Landes/Posner, The political economy of intellectual property law. AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies. Washington, D.C. (Traducción propia), disponible en: http://www.aei.org/docLib/20040608_Landes.pdf.

²¹ Condon/Bradly/Tapen Sinha, Global Diseases, Global Patents and Differential Treatment in WTO Law, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, D.F. (Traducción propia), disponible en: [http://www.who.int/entity/intellectualproperty/submissions/en/CondonSinhaTRIPS%20\(2\).pdf](http://www.who.int/entity/intellectualproperty/submissions/en/CondonSinhaTRIPS%20(2).pdf).

²² Citado por Miranda Montero, El mercado de medicamentos en el Perú: ¿libre o regulado?. Instituto de Estudios Peruanos, Lima, agosto 2004, disponible en: <http://www.consortio.org/CIES/html/pdfs/pba0319.pdf>.

Esto explica por qué 48 países con un total de población de 750 millones, apenas obtuvieron 47 de las 51,000 patentes americanas otorgadas a inventores extranjeros en 1997, y sólo 16 de las 1,393 nuevas medicinas aprobadas entre 1975 y 1999 eran sobre enfermedades tropicales, esto es, las enfermedades que aquejan a las regiones más pobres de la tierra²³.

En resumen, la experiencia de los países desarrollados muestra que los beneficios de la protección a los DPI pueden ser superiores a los costos cuando se ha alcanzado un alto nivel de desarrollo, antes no. Por ello, el camino seguido por los actuales países desarrollados ha sido dar una protección muy débil a los DPI durante la etapa de crecimiento, y luego elevar la protección en la medida que se convertían en productores y exportadores de propiedad intelectual. Pero este camino está vedado actualmente por la presión que ejercen los gobiernos de los países desarrollados y es preciso buscar la combinación de políticas que puedan conjugar la alta protección a los DPI con desarrollo económico.

3. ANÁLISIS LEGAL Y ECONÓMICO POR ÁREAS

3.1 APLICACIÓN DE TRATADOS POR REFERENCIA

3.1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Una característica de los ADPIC, y que está siendo usual en los acuerdos bilaterales de comercio, es la incorporación directa de otros tratados internacionales sobre propiedad intelectual, independientemente que los países contratantes se hayan adherido o no a estos tratados. De esta manera, en adición al establecimiento de estándares de protección específicos, existe la obligación de suscribir una serie de convenciones internacionales sobre propiedad intelectual.

3.1.2 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

En los recientes TLCs suscritos entre los Estados Unidos y Chile (TLCCE), así como con los países centroamericanos (RD-CAFTA) y el Tercer Borrador del ALCA el esquema seguido es muy similar.

En primer lugar, se prevé la incorporación de algunos tratados al momento de entrada en vigencia del respectivo TLC (por ejemplo, Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor de 1996 (WCT), Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). En segundo lugar, otro grupo de tratados deben de ser incorporados al cabo de un plazo pre-establecido (por ejemplo, Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT), Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos de 1980, Tratado sobre Derecho de Marcas (TLT), entre otros). Finalmente, las partes se comprometen a «realizar esfuerzos razonables para incorporar otros tratados» (por ejemplo, el Arreglo de la Haya relativo al registro internacional de dibujos y modelos industriales de 1999, el Protocolo al Arreglo de Madrid de 1989 (PAMMI), incluyendo Tratados que si bien están concluidos aún no han entrado en vigencia (normalmente, Tratado de Derecho de Patentes del 2000 (PLT)).

²³ De León, Puede la Política de Competencia Moderar los Excesos de la Propiedad Intelectual?, Universidad Católica Andrés Bello de Caracas, Diálogo sobre Propiedad Intelectual y Desarrollo Sostenible, ICTSD/UNCTAD/CEIDIE, SPDA, 22-23 de marzo de 2004, disponible en: <http://www.ictsd.org>.

Adicionalmente, en el TLCCE se convierten las disposiciones de la Recomendación Conjunta sobre la Protección de las Marcas Notoriamente Conocidas aprobada en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en norma obligatoria.²⁴

De acuerdo con el Tercer Borrador del ALCA se incorporarían más de quince tratados internacionales, incluyendo cuatro tratados sobre el registro de derechos, tres recomendaciones adoptadas bajo los auspicios de la OMPI, y un tratado sobre propiedad no intelectual: la Convención sobre Biodiversidad. También se ha propuesto la inclusión de futuros tratados que están en proceso de negociación o podrían negociarse bajo la OMPI.

3.1.3 PROPUESTAS DE LOS PAÍSES EN EL MARCO DE LAS NEGOCIACIONES DEL TLC EEUU-PAÍSES ANDINOS

En base a los documentos que circulan es muy probable que los Estados Unidos propongan la adhesión a ocho tratados internacionales a la fecha de entrada en vigencia del acuerdo (PCT, PAMMI, TLT, UPOV, WCT, WPPT, Tratado de Budapest, Convenio de Distribución de Señales de Satélite), y de realizar «esfuerzos razonables» para adherirse al PLT y al Arreglo de la Haya sobre el registro internacional de dibujos y modelos industriales. Los Países andinos no han realizado ninguna petición en este sentido, ni la ratificación del Convenio de Biodiversidad ni la inclusión de los textos de la Declaración de Doha sobre ADPIC y Salud Pública, el Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura en el marco de la FAO, las Directrices de Bonn, que tienen normas relacionadas con los derechos de propiedad intelectual.

3.1.4 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LAS PROPUESTAS

La incorporación de ninguno de los tratados que usualmente proponen los Estados Unidos es de observancia obligatoria en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC. Si bien algunos de ellos (sólo) regulan la adquisición de derechos, otros incluyen normas sustantivas, como UPOV 91 (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, en su versión del año 1991).

La proliferación de los acuerdos comerciales regionales y bilaterales recientemente acordados, así como la diversidad de las negociaciones en propiedad intelectual que se han impulsado en los últimos años en diferentes foros, todos ellos prácticamente de forma simultánea, hacen difícil analizar el alcance de cada uno de estos tratados.

La incorporación de una serie de tratados en «paquete» genera una falta de certeza sobre el verdadero alcance de las obligaciones que se asumen en propiedad intelectual en el marco de los acuerdos bilaterales de comercio²⁵. De por sí, la rapidez con que se negocian estos acuerdos impide que los países realicen ejercicios de evaluación y medición del impacto en el desarrollo de las obligaciones que abiertamente se aceptan.

²⁴ En los últimos años se han aprobado tres Recomendaciones Conjuntas en el seno de la OMPI en materia de derecho de marcas. Estas Recomendaciones constituyen lo que se denomina leyes blandas (soft law) puesto que no contienen reglas vinculantes, sino que están diseñadas para dar pautas y orientaciones. Tienen un valor importante como precedente en la interpretación de una ley. A través de la aplicación de estas recomendaciones por referencia en la práctica se están convirtiendo en normas obligatorias. Al respecto, ver Correa (nota 6).

²⁵ Sobre el particular, cfr. Vivas-Eugui, Acuerdos regionales y bilaterales y un mundo más allá de los ADPIC: El Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA), Ginebra, 2003, 18, disponible en: <http://www.geneva.wto.org>.

De otro lado, la propuesta de adherir a una serie de tratados sobre propiedad intelectual – que por lo general termina convirtiéndose en una obligación impuesta–refuerza la tendencia a la armonización internacional de los estándares de protección. El bilateralismo contribuye, así, a la multilateralización de los estándares promovidos por los países desarrollados²⁶.

Decisión 486	ADPIC	TLCAN	TLCCE
- No prevé la incorporación de un Tratado por referencia, pero sí la aplicación del Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes, el Arreglo de Locarno relativo a la Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales, el Arreglo de Nizza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el registro de Marcas, Tratado de Budapest	- Aplicación por referencia del Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial (CUP), el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (CB), la Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radio difusión	- Aplicación por referencia del Convenio de Ginebra, CB, CUP, Convenio UPOV- -Las Partes harán lo posible para adherirse a estos tratados a la fecha de entrada de vigencia del Acuerdo	- Obligación de adherirse antes del 1.1. 2009 al TLT, UPOV, Convenio de Bruselas -Obligación de realizar esfuerzos para adherirse al PLT, el Arreglo de la Haya, PAMMI -Se reconoce importancia y se acuerda seguir con la Recomendación Conjunta sobre Marcas Notoriamente Conocidas
RD-CAFTA	«Peor escenario»	Tercer Borrador ALCA	
- Prevé la incorporación de los WCT y WPPT al momento de entrada en vigencia del TLC - Al 1.1.2006: PCT, Tratado de Budapest - Al 1.1.2008: Convenio de Bruselas, TLT, Convenio UPOV - Esfuerzos razonables: PLT, Arreglo de la Haya, PAMMI	-Adhesión al momento de entrar en vigencia de PCT, PAMMI, TLT, UPOV, WCT, WPPT, Tratado de Budapest, Convenio de Señales de Satélite -Esfuerzos razonables para adherirse a PLT, Arreglo de la Haya	- Aplicación por referencia del CUP, CB, Convenio de Ginebra sobre Protección de Productores de Fonogramas, Convención de Roma, ADPIC, UPOV, Convenio de Bruselas, TLT, PLT, WCT, WPPT, Recomendación Conjunta sobre Marcas Notoriamente Conocidas, Recomendación Conjunta sobre Marcas y otros Derechos sobre Propiedad Industrial sobre Signos en Internet, CBD -Aplicación de Tratados aún no concluidos (Protocolo de la OMPI sobre Licencia de Marcas, Tratado sobre Bases de Datos Sui-Generis, Instrumento para la Protección de Interpretaciones o Ejecuciones Audiovisuales, Instrumento sobre la Protección de Organismos de Radio difusión)	

En virtud de las consideraciones anteriores, los Países andinos deberían dejar de lado el apresuramiento y comparar los costos y beneficios esperados de la suscripción de nuevos acuerdos; tomando en cuenta, entre otros aspectos, los pagos de transferencia de licencias de tecnologías y derechos de autor a los Estados Unidos y el valor de las exportaciones de los productos agrícolas e industriales; antes de incluir en los tratados de libre comercio más obligaciones por la vía de la incorporación de otros tratados internacionales, para entonces poder determinar el valor real de las potenciales obligaciones que en materia de propiedad intelectual podrían adoptar.

²⁶ Ver Correa (nota 6), 5.

3.2 CONCESIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

3.2.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Existen tres sistemas para la adquisición de un derecho de propiedad industrial (patentes de invención, patentes de modelos de utilidad, diseños industriales, marcas): un sistema puro de registro, un sistema basado en el uso, un sistema mixto. A nivel comunitario rige un sistema puro de registro, con algunas excepciones para evitar las injusticias que genera el sistema basado en el registro pero que no trastocan el régimen. Sólo en relación con las enseñanzas comerciales rige el sistema declarativo. El uso en este caso es el que determina el nacimiento del derecho.

3.2.2 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

3.2.2.1 EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

En el Acuerdo sobre los ADPIC no se encuentran normas detalladas de procedimiento, sólo algunos principios que deben observarse en los procedimientos de adquisición de los derechos. Así, los procedimientos deberán ser «razonables», «justos», «equitativos», no innecesariamente «complicados» o «gravosos», ni comportarán plazos «injustificados» o «retrasos innecesarios». Las decisiones sobre el fondo de un caso se harán, preferentemente, por escrito y serán fundamentadas (artículo 62).

3.2.2.2 LA DECISIÓN 486

Hasta la Decisión 486 a nivel comunitario sólo se encontraban normas generales sobre el procedimiento de registro, que luego eran reglamentadas a nivel nacional. Ello dio como resultado que los requisitos y documentos que se debían presentar en cada País miembro fueran diferentes y los términos para contestar o absolver un requerimiento de la entidad competente también variaran en cada País. La Decisión 486 buscó modificar esta situación e introdujo normas más detalladas sobre los procedimientos de registro. Siguiendo de alguna manera muchos de los principios que subyacen al Tratado sobre el Derecho de Patentes (PLT) aprobado en el seno de la OMPI, se distingue entre el petitorio (pedido de concesión de un derecho) y la solicitud (todos los requisitos y documentos que deben presentarse), y se establecen los requisitos mínimos que deben presentarse para que se otorgue una fecha de presentación a la solicitud. En cada uno de los derechos de propiedad industrial se prevé un examen formal, si la solicitud no está conforme se notificará al solicitante y se le dará un plazo para que subsane el defecto, vencido este plazo se pasa a la publicación de la solicitud de registro, otorgándose un plazo dentro del cual un tercero que se considere afectado en su derecho puede ejercer su derecho a oposición. Si se presenta una oposición, se notificará de ello al solicitante para que pueda manifestar su posición, luego de este plazo la oficina competente procederá a efectuar un examen de fondo. Si es necesario se volverá a realizar requerimientos al solicitante. Contra la decisión que se adopte es posible interponer los recursos legales.

Actualmente no es posible presentar en ningún país andino una solicitud de registro electrónicamente, tampoco vía fax. Sin embargo, en algunos países (por ejemplo, Colombia) se están haciendo esfuerzos para que próximamente puedan presentarse las solicitudes de registro de marcas por vía electrónica. Para descentralizar la presentación de las solicitudes de registro, los Países han creado especies de sucursales de las Oficinas de Propiedad Industrial (el caso de Perú, a través de las Oficinas Descentralizadas del Indecopi (ODIs)) o se han suscrito convenios de cooperación con las Cámaras de Comercio de diversas ciudades (caso de Colombia). En este último caso es posible hoy en día que las solicitudes de registro de marcas se hagan directamente en las oficinas de las Cámaras de Comercio. Todas las

Cámaras están interconectadas con la Superintendencia de Industria y Comercio, de modo que la presentación que se hace en las Cámaras es computarizada en tiempo real a efectos de otorgar una fecha de presentación a la solicitud de registro. En el Perú el papel de las ODI en materia de derecho de marcas se asemeja más a una mera mesa de partes, la fecha de presentación la otorga la oficina central en Lima.

Las solicitudes de registro deben presentarse directamente por el titular de los derechos o por apoderado. En Colombia es obligatorio que éstos sean abogados, en Perú todo el procedimiento de concesión o registro puede hacerse sin necesidad de contar con la asesoría de un abogado. Las formalidades que deben observarse en Colombia para el otorgamiento de poderes serán diferentes, según se trate de un poder otorgado en el extranjero o en el ámbito nacional. Los poderes otorgados en el extranjero deben otorgarse ante el Cónsul colombiano y se debe cumplir con una cadena de legalizaciones. En los poderes otorgados en el territorio nacional debe diferenciarse entre aquellos que se dan para un asunto en particular o para una serie de asuntos (poder general). En el primer caso, bastará un documento privado, pero la parte debe presentarse personalmente ante la Superintendencia u otras entidades autorizadas; en el segundo caso, el poder debe otorgarse por escritura pública.

El petitorio debe presentarse en castellano, algunos documentos de la solicitud pueden presentarse en idioma extranjero. De acuerdo a la Circular Única si los documentos se presentan en inglés no se necesita traducción alguna, aunque excepcionalmente la Superintendencia puede pedir la traducción de un documento determinado. Basta la presentación de traducciones simples.

En todos los procedimientos de registro de derechos de propiedad industrial, las notificaciones que realiza la Superintendencia de Industria y Comercio se hacen mediante fijación en lista, sólo las resoluciones de instancia se notifican personalmente. Las notificaciones de fijaciones en lista también se publican en la página web de la Superintendencia el mismo día, aunque el texto mismo de la notificación no aparece. Para ello el interesado deberá apersonarse a la Oficina de Información al Consumidor de la Superintendencia. Se está trabajando en el sistema para que, en el corto plazo, también pueda consultarse en la web los textos de las notificaciones.

En los procedimientos de concesión de patentes, el informe de búsqueda de anterioridades o el examen de fondo realizado en otras oficinas, como la Oficina Europea de Patentes (EPO), la Oficina Americana de Patentes (USPTO), la Oficina de Patentes Japonesa (JPO), sólo es tomado de manera referencial²⁷. Se ha presentado más de un caso, donde estos informes entre sí no coinciden o donde no se ha tomado en cuenta anterioridades que figuran en la base de datos colombiana.

Para la interposición de los recursos impugnativos debe recurrirse a los ordenamientos nacionales. En Colombia, contra la resolución de primera instancia es posible interponer recurso de reposición ante el mismo funcionario que expidió la resolución o de apelación ante la instancia superior. Con esta última resolución se agota la vía administrativa y a la parte afectada le cabe interponer una demanda de nulidad ante el Consejo de Estado. En Perú es posible presentar contra la resolución de primera instancia recurso de reconsideración ante el mismo funcionario o de apelación para que sea revisada por la Sala de Propiedad Intelectual. Con la resolución de la Sala también se agota la vía

²⁷ De acuerdo con el art. 46 3er párr. Dec. 486, un País miembro puede considerar que estos informes son suficientes para acreditar el cumplimiento de las condiciones de patentabilidad de la invención.

administrativa pero puede recurrirse al ordenamiento civil ordinario vía una demanda contencioso-administrativa.

El procedimiento para otorgar una patente de invención dura en los países aproximadamente cuatro años, el de patentes de modelo de utilidad dos años, el de diseños industriales un año y en el caso de marcas es de siete a nueve meses.

En Colombia, como consecuencia de la entrada en vigor en el año 2001 del Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT), desde esa fecha el número de solicitudes de patentes se ha visto reducido (las solicitudes PCT se encuentran en la fase internacional) pero esa tendencia debería revertirse a partir del próximo año, que se entraría a la fase nacional. Así, de casi 1,800 solicitudes de patentes que se tenía en el año 2000 se ha pasado a menos de 300 solicitudes en el 2002. En modelos de utilidad el número de solicitudes sigue incrementándose, pero aún están por debajo de las 200 solicitudes anuales. En diseños industriales el número de solicitudes es un poco mayor (aprox. 300 solicitudes). En marcas se han presentado el 2002 alrededor de 15,000 solicitudes, atendándose cada año 18000 solicitudes. Puede observarse principalmente en esta área una reducción considerable del stock pendiente.

3.2.2.3 EL TLCAN

En el TLCAN se prevén normas de procedimiento para el registro de marcas y diseños industriales, mas no para los otros derechos de propiedad industrial. En cuanto a marcas se exige un examen de la solicitud, una notificación al solicitante sobre las razones de la denegatoria de su solicitud, un plazo para que éste pueda responder a la denegatoria, la publicación del registro de la marca, así como la posibilidad de que terceros interesados puedan solicitar la cancelación de la marca (artículo 1708.4). Se faculta a las Partes a instaurar un procedimiento de oposición (artículo 1708.5). Para el registro de diseños industriales no se han incluido normas tan detalladas, sólo se indica que los costos, examen y publicación no deben menoscabar «injustificadamente» la protección (artículo 1713.2). Se prevé la posibilidad de extender el plazo de protección de la patente para compensar retrasos originados en el procedimiento de autorización de la comercialización.

3.2.2.4 EL TLCCE

En el TLCCE además de la obligación de las Partes de adherirse al TLT (artículo 17.1.3) y de realizar esfuerzos razonables para adherirse al PLT (17.1.4), se prevén normas específicas sobre los procedimientos de registros. En marcas debe establecerse un sistema de oposición al registro (artículo 17.2.2), una notificación de la denegatoria de registro, un plazo para responder a esta denegatoria, la obligación de que las resoluciones en los procedimientos de oposición o nulidad deben estar fundamentadas y constar por escrito (artículo 17.2.10). Las Partes se comprometen a instaurar un sistema electrónico de solicitud, procesamiento, registro y mantenimiento de las marcas (artículo 17.2.11).

3.2.2.5 EL RD-CAFTA

Existe la obligación de adherirse al TLT y de realizar «esfuerzos razonables» para la adhesión del PLT. También se han regulado normas expresas sobre los procedimientos de registros. En derecho de marcas las disposiciones son básicamente las mismas que en el TLCCE²⁸, en indicaciones geográficas así como en patentes las normas sobre procedimientos son

²⁸ Ver 3.2.2.4.

bastante generales. En los procedimientos de infracción de los derechos se prevén una serie de principios que deberán observarse.

3.2.2.6 ALCA

Existen propuestas para adherirse al TLT y al PLT. Asimismo, propuestas que regulan los procedimientos de registro de marcas, incluyendo la posibilidad de presentar solicitudes electrónicas, de registro de indicaciones geográficas y de concesión de patentes.

3.2.3 PROPUESTAS DE LOS PAÍSES EN EL MARCO DE LAS NEGOCIACIONES DEL TLC EEUU-PAÍSES ANDINOS

Al igual que en los recientes TLCs debe esperarse que la propuesta norteamericana será por incluir en determinadas áreas normas más o menos detalladas de los procedimientos de registros. Así, viene siendo algo común incluir en los procedimientos de registros de marcas disposiciones que obliguen a comunicar al solicitante, por escrito, las razones por las cuales se rechaza el registro de la marca, darle la oportunidad al solicitante de presentar un recurso contra la denegatoria inicial del registro de marcas y de poder interponer judicialmente una acción contra la decisión final de denegatoria, la posibilidad de que terceros puedan oponerse a la solicitud de registro o, en su defecto, la posibilidad de presentar una nulidad al registro de la marca, la obligación de que las decisiones que resuelven la oposición o nulidad estén fundamentadas y consten por escrito. Es también muy probable que se solicite incorporar un sistema electrónico de solicitudes de registros de marcas, así como un sistema electrónico para llevar el registro, el procedimiento y mantenimiento de marcas, una base de datos electrónica, incluyendo una base de datos en línea de las solicitudes y registros de marcas que pueda ser consultada por el público.

En el registro de las indicaciones geográficas, es usual que se disponga de un sistema de registro con un mínimo de formalidades, poner a disposición del público las regulaciones que rigen para el registro de estas indicaciones, hacer posible un procedimiento de oposición así como un procedimiento de nulidad del registro, prever que las normas que rigen la presentación de solicitudes o peticiones de indicaciones geográficas establezcan claramente los procedimientos para estas acciones.

En las otras áreas de propiedad intelectual no se han previsto normas procedimentales, salvo la obligación general de adherirse al TLT y de hacer los «mejores esfuerzos» por adherirse al PLT.

3.2.4 VENTAJAS Y DESVENTAJAS

Los países diseñan las oficinas de propiedad intelectual de acuerdo al número y grado de complejidad de los expedientes a procesar, y a las características económicas del medio, de modo que la selección del sistema a utilizar responde también al costo relativo del capital y la mano de obra.

Así, para registros que tienen poca demanda, como puede ser el caso de las indicaciones geográficas, es posible que el proceso eficiente no sea tan mecanizado como en los Estados Unidos, dado que el costo de los equipos es mayor en los países de la CAN y se puede contratar personal calificado a un costo menor.

Decisión 486	ADPIC	TLCAN	TLCCE
<ul style="list-style-type: none"> - Contiene normas detalladas sobre los procedimientos de registro - Se han armonizado todos los procedimientos de registro - Se sigue algunas de las disposiciones del PLT y TLT - Aún no es posible la presentación de solicitudes de registro electrónicas - En todos los procedimientos se prevé examen formal, publicación, procedimiento de oposición y examen de fondo de la solicitud - Se han reducido los plazos de concesión de registros 	<p>No contiene normas detalladas sobre los procedimientos de registros, sólo principios normativos que deberán observarse</p>	<p>Contiene normas detalladas de procedimiento con relación al registro de marcas y principios normativos para los registros de diseños industriales</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Contiene normas detalladas de procedimiento con relación al registro de marcas - Las Partes deben instaurar un sistema electrónico de solicitud, procesamiento, registro y mantenimiento de marcas - Obligación de adhesión al PLT y al TLT
RD-CAFTA	«Peor escenario»	Tercer Borrador ALCA	
<ul style="list-style-type: none"> - Contiene normas detalladas de procedimiento con relación al registro de marcas - Las Partes deben instaurar un sistema electrónico de solicitud, procesamiento, registro y mantenimiento de marcas - También contiene normas generales de procedimiento para el registro de indicaciones geográficas y de patentes - Obligación de adhesión al TLT y de realizar esfuerzos razonables para adherirse al PLT 	<ul style="list-style-type: none"> - Normas detalladas sobre procedimiento de registro de marcas, indicaciones geográficas. - Admisión de solicitudes electrónicas de registro de marcas - Obligación de adhesión al TLT y de hacer los «mejores esfuerzos» por adherirse al PLT 	<ul style="list-style-type: none"> - Adhesión al TLT y al PLT - Normas de procedimiento de registro de marcas (solicitudes electrónicas), de registro de indicaciones geográficas, de concesión de patentes 	

En estas condiciones, cualquier alteración del procedimiento de registro que no responda a las características de la demanda nacional de los servicios y a los costos relativos de los factores, tendrá un costo que asumirán los usuarios o los contribuyentes del país.

3.3 PATENTABILIDAD DE MATERIA VIVA

3.3.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Las patentes y los derechos de los obtentores de nuevas variedades vegetales permiten la captación de beneficios económicos como un estímulo para el desarrollo y la divulgación de la innovación. En general, las patentes otorgan a sus titulares el derecho a evitar cualquier uso comercial de los materiales, incluidos los propósitos de investigación y obtención.

La extensión de la patente a organismos vivos es rechazada por algunas personas porque se considera que la propiedad privada sobre sustancias creadas por la naturaleza es moralmente errónea y contraria a valores culturales en diferentes partes del mundo.

En las plantas, las patentes pueden aplicarse a una variedad de materiales y procedimientos biológicos, entre ellos²⁹:

- secuencias aisladas de ADN que actúan como código para determinadas proteínas;
- proteínas aisladas o purificadas;
- semillas;
- células vegetales y plantas;
- obtenciones vegetales, incluidas las líneas madre;
- híbridos;
- procedimientos para modificar genéticamente las plantas; y
- procedimientos para obtener híbridos.

El patentamiento de genes a nivel celular amplía el ámbito de la protección a todas las plantas que incluyan una célula con el gen en cuestión³⁰. Si las reivindicaciones han sido redactadas de manera general (por ejemplo, para pretender obtener derechos sobre procedimientos utilizados con cualquier especie) la patente puede amenazar la obtención de nuevas variedades.

Para algunos autores las patentes sobre plantas fomentan el monocultivo y hacen más difícil realizar trabajos de investigación, aun cuando se establezca como una de las limitaciones al derecho aquellos actos practicados con fines de investigación, lo que obliga a celebrar contratos de licencia e, inclusive, a adquirir la empresa titular de la patente, lo que a su vez lleva a una concentración y fusión de empresas, todo lo cual va a terminar orientando la investigación y el desarrollo en el ámbito agrícola³¹.

De otro lado, se considera que la patentabilidad de las plantas podría acabar con los derechos de los agricultores, porque en muchos casos las leyes nacionales sobre patentes no contienen excepciones que permitan a los agricultores guardar, utilizar, intercambiar y vender semillas y material de propagación obtenidos de la propia cosecha, que es una práctica tradicional.

En tal sentido, se considera que el sistema de obtención de variedades vegetales es más flexible y atiende de manera más adecuada las preocupaciones e intereses de los agricultores, así como permite en mayor medida realizar investigación y promover el cultivo de nuevas variedades.

3.3.2 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

3.3.2.1 EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

El artículo 27.3 b) ADPIC está referido a la protección de las invenciones biotecnológicas. Se permite excluir del campo de patentabilidad a las plantas y los animales, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales. Sin embargo, se obliga a otorgar patentes a los microorganismos, a los procedimientos microbiológicos y los procedimientos no biológicos.

²⁹ Tansey, Comercio, propiedad intelectual, alimentación y biodiversidad, Documento para debate, Quaker Peace & Service, Ginebra, 1999, 9, disponible en: <http://www.quaker.org/uno/TRIPSpaper.html>

³⁰ Tansey (nota 29), 9.

³¹ Cfr. Vivas-Eugui (nota 25), 21.

En el proceso de revisión de esta norma muchos países en desarrollo han manifestado su descontento con los efectos jurídicos de la misma, particularmente por los casos de patentamiento que se han dado de recursos biológicos o de conocimientos tradicionales (caso de la quinua, ayahuasca y turmeric).

La discusión que ha surgido es si esta disposición obliga a patentar sólo los microorganismos genéticamente modificados o también deben patentarse los microorganismos, tal como se encuentran en la naturaleza. De acuerdo con la definición científica debe entenderse bajo «microorganismos» a las bacterias, hongos, virus o algas.

Los Miembros de la OMC también están obligados a otorgar una protección a las obtenciones vegetales, mediante patentes, mediante una protección eficaz sui-generis o una combinación de ambos. ADPIC no define lo que se entiende bajo «protección efectiva sui-generis». Los Países pueden – pero no están obligados - a seguir los estándares previstos en el Convenio UPOV.

3.3.2.2 LA DECISIÓN 486

Durante las negociaciones de la Decisión 486 las delegaciones andinas discutieron sobre los alcances del citado artículo 27.3 b) ADPIC, sobre todo si debían patentarse los «microorganismos» tal como están en la naturaleza. Se consideraba que estos organismos constituían más bien descubrimientos y no cumplían con el requisito de novedad ni altura inventiva. Finalmente, se acordó que como el artículo 27.1 ADPIC no contenía una definición de qué constituía una invención, sólo los requisitos que debían cumplirse para que una invención sea patentable, los Países estaban en libertad de hacerlo. Así, en el artículo 15 inciso b) de la Decisión se considera como no invención a todo material biológico existente en la naturaleza, aunque haya sido aislado, incluyendo el «genoma o germo-plasma» de cualquier material vivo. Por lo anterior, debe entenderse que la Disposición Transitoria Segunda que prevé el patentamiento de microorganismos, está referido sólo a aquéllos que han sido genéticamente modificados. Esta es la interpretación que están siguiendo los Países andinos. Sin embargo, no existe problema para conceder patentes para los procesos utilizados para obtener el producto biotecnológico.

De otro lado, en la Decisión 486 – siguiendo la excepción prevista en los ADPIC - se ha excluido del campo de patentabilidad a las plantas y a los animales (artículo 20 inciso c), mas no expresamente a las variedades vegetales. La diferencia entre uno y otro concepto es crucial para entender el alcance de esta norma. Variedades vegetales difieren de plantas en que las primeras han experimentado una intervención técnica (a través de un proceso de cultivo, manteniéndose las características introducidas después de su reproducción), mientras que las plantas no han pasado por este proceso de intervención³².

Para la protección de las variedades vegetales rige a nivel andino la Decisión 345 que prevé un sistema sui-generis de protección, que combina las disposiciones del Convenio UPOV en sus Actas de 1978 y 1991. Se habla de un régimen sui-generis porque se encuentran regulados la figura del privilegio del agricultor (artículo 26) y el derecho del fitomejorador (artículo 25 inciso c), ambas figuras no contempladas en el sistema de patentes. Igualmente, el requisito de novedad³³ es interpretado de forma diferente que la novedad

³² Si en una planta se introduce por medio de ingeniería de re-inversa, por ejemplo, un gen resistente a una peste determinada, se obtiene una planta transgénica. Esta planta, sin embargo, no constituye necesariamente una variedad vegetal. Para que pueda ser considerada como tal se requiere que el cultivo de las semillas de esta planta transformada mantengan las características determinadas por el gen introducido.

³³ Una variedad será considerada nueva si no hubiese sido vendida o entregada de manera lícita a terceros para su explotación comercial un año antes de la presentación de la solicitud de protección, si la venta o entrega se hubiese efectuado en un País andino. Si ésta hubiese tenido lugar en un país distinto, la novedad se perderá si la venta o entrega se efectuó seis años antes para el caso de vides y árboles, o cuatro años antes para las otras especies (art. 8 Dec. 345).

exigida para el otorgamiento de una patente de invención³⁴. La Decisión prevé un plazo de protección de 20 a 25 años para vides, árboles forestales y frutales, y de 15 a 20 años para las otras especies (artículo 21).

A nivel nacional, los Países andinos han expedido una serie de disposiciones reglamentarias. Por ejemplo, en Bolivia la Resolución 064/96 del 9 de agosto de 1996; en Ecuador los artículos 248 y siguientes de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996; en Colombia el Decreto Reglamentario 533 de 1994 así como el Decreto 2687 expedido en 2002 donde se ampliaron los plazos de protección a 25 y 20 años; en Perú el D.S. 008-96-ITINCI del 3 de mayo de 1996; en Venezuela el Decreto 3.136 del 23 de diciembre de 1998.

Lo que no queda claro es si en los Países andinos es posible patentar variedades vegetales. Aun cuando la voluntad del legislador andino no ha sido permitir su patentamiento, sino protegerlas a través del régimen de obtenciones de variedades vegetales, como se ha mencionado, su exclusión expresa del campo de patentabilidad no figura en la Decisión 486.

En Colombia se han presentado ante la SIC algunos casos donde se han solicitado patentes sobre una obtención vegetal, habiendo sido éstas denegadas con el argumento de que la Decisión 345 constituye una norma especial. Además, se argumenta que Colombia es parte de UPOV en su Acta de 1978, que impide otorgar simultáneamente una protección a las obtenciones vegetales por patente y certificados de obtentor. Desde la fecha de aprobación de la Decisión 345, el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) ha otorgado cerca de 500 certificados de obtentor, constituyendo a nivel andino el país que más certificados de obtentor ha otorgado. Los titulares de estos derechos son mayormente empresas multinacionales.

3.3.2.3 EL TLCAN

El TLCAN permite en sus artículos 1709.2 y 1709.3 excluir del campo de patentabilidad invenciones que puedan atentar contra el orden público, la moral, la salud de las personas, de los animales, vegetales, medio ambiente, así como a los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales. Igualmente, se faculta a no otorgar patentes a las plantas y animales, excepto los microorganismos, y a los procedimientos esencialmente biológicos. Sin embargo, debe otorgarse una protección sui generis, por patentes, o una combinación de ambas a las variedades vegetales. Estas disposiciones del TLCAN coinciden con las correspondientes de los artículos 27.2 y 27.3 del Acuerdo sobre los ADPIC.

3.3.2.4 EL TLCCE

En el TLCCE no se ha incluido ninguna norma que permita a las Partes excluir del campo de patentabilidad ciertas materias. De acuerdo con el artículo 17.9.1 se deberá otorgar patentes de invención en todos los campos de la tecnología. Por lo tanto, las Partes no pueden hacer uso de las exclusiones permitidas por los ADPIC y se abre la posibilidad de, entre otros, otorgar patentes de invención para plantas, animales y variedades vegetales. Si ello equivale a permitir el patentamiento de materias vivas tal como se encuentran en la naturaleza, dependerá de cómo se interpreta y aplican los requisitos de novedad y altura

³⁴ La Decisión 486 entiende que para que una invención sea nueva no debe haber accedido al público, sea por descripción escrita u oral, en ningún lugar del mundo antes de la presentación de la solicitud de patente (art. 16).

inventiva, que toda invención debe cumplir y que están contenidos expresamente en el mencionado artículo 17.9.1. Con relación al patentamiento de plantas, el TLCCE establece un plazo de cuatro años desde la entrada en vigencia del Tratado para que cada Parte proponga una legislación sobre el tema (artículo 17.9.2).

3.3.2.5 EL RD-CAFTA

En el RD-CAFTA si bien, en principio, se permite hacer uso de las exclusiones a la patentabilidad de los artículos 27.2 y 27.3 de ADPIC, se establece que las Partes que no otorguen protección mediante patente a las plantas a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo, deberán realizar esfuerzos razonables para otorgar dicha protección (artículo 15.9.2).

3.3.2.6 ALCA

En el Tercer Borrador del ALCA existen diversas propuestas para otorgar derechos exclusivos sobre organismos vivos. En general, las propuestas de texto buscan facilitar la patentabilidad de invenciones biotecnológicas. Así, en algunos casos se eliminan o limitan las excepciones a la patentabilidad de plantas y animales ([3.1. Cada Parte podrá excluir invenciones de la patentabilidad solamente conforme a lo dispuesto en los párrafos 27.2 y 27.3 a) del Acuerdo sobre los ADPIC.]); se otorgan derechos exclusivos sobre cualquier material biológico derivado de la multiplicación o propagación del producto patentado, se restringe la flexibilidad prevista en los ADPIC respecto a la protección efectiva que deben merecer las obtenciones vegetales. De una parte, se propone incorporar de manera directa el Convenio UPOV; de otra parte, se considera UPOV como el único sistema sui-generis (Subsección B.2.e, art. 3.3); finalmente, se agrega una sección entera sobre los derechos de los obtentores que se basa en UPOV (Subsección B.2.i). Se habla de un régimen sui-generis porque se encuentran regulados la figura del privilegio del agricultor y el derecho del obtentor, ambas figuras no contempladas en el sistema de patentes. Igualmente, el requisito de novedad es interpretado de forma diferente que la novedad exigida para el otorgamiento de una patente de invención. En general, el régimen de certificados de obtentor es más flexible que el sistema de patentes y atiende mejor las necesidades de los pequeños agricultores y permite el cultivo de plantas.

3.3.3 PROPUESTAS DE LOS PAÍSES EN EL MARCO DE LAS NEGOCIACIONES DEL TLC EEUU-PAÍSES ANDINOS

El patentamiento de plantas y animales viene siendo una constante en los recientes TLCs suscritos por los Estados Unidos, por lo que es de esperarse que también en el marco de las negociaciones con los Países andinos se realice una propuesta en este sentido. Con relación a las variedades vegetales, se está pidiendo la incorporación del Convenio UPOV en su versión del año 1991. Los Países andinos, por el contrario, quieren que se mantengan las excepciones previstas en el Acuerdo sobre los ADPIC.

3.3.4 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LAS PROPUESTAS

No quedan claros cuáles son los costos y beneficios de un nuevo régimen de propiedad intelectual para las plantas. Sería conveniente evaluar la experiencia de los que están aplicando distintas formas de protección antes de examinar sus disposiciones. Entonces podrían examinarse éstos a la luz de la estructura del mercado de los Países andinos (tipo de industria nacional de semillas que existe, nivel de utilización de semillas reservadas en las explotaciones agrícolas, capacidad actual de los obtentores, capacidad biotecnológica de los Países, objetivos y expectativas realistas del sector biotecnológico, tipos de alianzas estratégicas que es probable que se produzcan) y determinar si aún resulta pertinente modificar el régimen de protección. Hasta entonces y teniendo en cuenta las incertidumbres

del efecto de las patentes sobre la agricultura y la biodiversidad, parece prematuro eliminar la flexibilidad prevista en el artículo 27.3 b) ADPIC.

Así, la protección de las plantas por el sistema de patentes podría acabar con los derechos de los pequeños agricultores, al no permitir que los agricultores reserven semillas libremente para su uso particular. También podrá alentar la consolidación de la industria de semillas. La tendencia a la concentración económica del poder de mercado en empresas cada vez más grandes se produce en los países desarrollados en la industria de semillas. Si bien la fusión de empresas permite economías de escala en actividades de I+D, la existencia de un oligopolio concede a las empresas mayor libertad para fijar los precios y puede limitar la investigación de las empresas pequeñas.

En tal sentido, el régimen de certificados de obtentor es más flexible que el sistema de patentes, atiende mejor las necesidades de los pequeños agricultores (privilegio del agricultor) y promueve la obtención de nuevas variedades vegetales (excepción del obtentor). Ahora bien, debe tomarse en cuenta que la adopción del Convenio UPOV en su acta de 1991 implica otorgar una protección a variedades tal como se encuentran en la naturaleza.

3.3.5 ANÁLISIS ECONÓMICO

Los países desarrollados son exportadores de conocimientos y, en consecuencia, defienden los intereses de sus empresas exportadoras, del mismo modo que, por ejemplo, un país en desarrollo como Brasil puede tener interés en que los demás países reduzcan sus impuestos a la importación del café. Sin embargo, hay una gran diferencia en el hecho de que Brasil exporta a mercados competitivos, mientras que los países desarrollados exportan conocimientos bajo el régimen de protección a los derechos de propiedad intelectual, lo que implica ejercer poder de monopolio. Las «exportaciones» que se pretende promover no van a beneficiar a los consumidores con menores precios sino que, al contrario, van a incrementar los ingresos de las grandes empresas tecnológicas por la vía de encarecer los productos; no aumentan la competencia sino la discriminación de precios entre mercados.

Los Estados Unidos están presionando internacionalmente para resolver un problema que han creado sus políticas laxas de patentabilidad. Cada año se conceden miles de patentes en los Estados Unidos para desarrollos triviales o para sustancias que ya existen en la naturaleza y que no han sido inventadas por su supuesto propietario. El año 2000, la Oficina de Patentes y Marcas (USPTO) concedió más de 160,000 patentes, el doble que diez años atrás.

Es evidente que las compañías multinacionales, apoyadas por los Estados Unidos, son las defensoras principales y serán las beneficiarias principales de la mayor protección a la propiedad intelectual. Las pequeñas y medianas empresas y los inventores individuales de los países en desarrollo no serán los beneficiarios principales, porque para ellos el sistema de patentes es demasiado complejo y costoso³⁵.

Es en la lógica descrita que se inscriben las propuestas de patentar materia viva, otorgar patentes por usos, etc. y no en la lógica de incentivar las invenciones y promover la expansión

³⁵ Correa/Musungu, The WIPO Patent Agenda: The Risks For Developing Countries, Working paper, South Centre, Ginebra, 2002, disponible en: <http://www.southcentre.org/publications/wipopatent/toc.htm>.

Decisión 486, 345	ADPIC	TLCAN	TLCCE
<ul style="list-style-type: none"> - Exclusión de plantas y animales del campo de patentabilidad, mas no variedades vegetales - Materias vivas tal como se encuentran en la naturaleza no son invenciones (incluyendo materias que han sido aisladas) - Obtenciones vegetales protegidas bajo la Decisión 345. Se introduce un sistema sui-generis de protección - Algunos países andinos se han adherido al Convenio UPOV (Acta 1978): Colombia, - Los países andinos han expedido a nivel nacional normas regulatorias sobre variedades vegetales (Colombia: Decretos 533 y 2687 - La SIC rechaza las solicitudes de patentes de variedades vegetales 	<ul style="list-style-type: none"> - Permite la exclusión del campo de patentabilidad a las plantas, animales, procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales - Se debe otorgar patentes a microorganismos, procedimientos no biológicos o microbiológicos - Discusión en el Consejo de los ADPIC de lo que debe entenderse por «microorganismos» - Obligación de otorgar a las obtenciones vegetales protección efectiva sui generis, por patentes, o combinación de las dos 	<ul style="list-style-type: none"> - Permite la exclusión del campo de patentabilidad a las plantas, animales, procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales - Se debe otorgar patentes a microorganismos, procedimientos no biológicos o microbiológicos - Obligación de otorgar a las obtenciones vegetales protección efectiva sui generis, por patentes, o combinación de las dos 	<ul style="list-style-type: none"> - No prevé ninguna exclusión del campo de patentabilidad - 4 años desde entrada en vigencia del TLCCE para que cada Parte proponga legislación sobre patentamiento de plantas.
RD-CAFTA	«Peor escenario»	Tercer Borrador ALCA	
<ul style="list-style-type: none"> - Es posible excluir del campo de patentabilidad las invenciones señaladas en los arts. 27.2 y 27.3 ADPIC - Parte que a la fecha de entrada en vigencia del Acuerdo no otorgue protección por patentes a plantas, deberá realizar esfuerzos razonables para otorgar esta protección - Parte que ya otorgue patentes a plantas o animales a la fecha de entrada en vigencia el Acuerdo, deberá mantener esta protección 	<ul style="list-style-type: none"> Obligación de patentar plantas y animales 	<ul style="list-style-type: none"> - Permite la exclusión del campo de patentabilidad a las plantas, animales, procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales - Se debe otorgar patentes a microorganismos, procedimientos no biológicos o microbiológicos - Obligación de otorgar a las obtenciones vegetales protección efectiva sui generis, por patentes, o combinación de las dos 	

de los conocimientos. Es del interés de los países en desarrollo oponerse a estas propuestas ya que, si bien no es fácil aislar el impacto de aumentar la protección a los DPI, es claro que los costos y beneficios varían significativamente con el nivel económico y tecnológico y que para estos países los costos son mayores que los beneficios.

3.4 PATENTES DE SEGUNDO USO

3.4.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En el campo farmacéutico es posible que un principio activo que contenía una determinada regla técnica (un principio activo para combatir determinada enfermedad terapéutica), al cabo de unos años de investigación (o producto del azar) se llegue a identificar que también sirve para solucionar otro problema técnico (el principio activo sirve para combatir otra enfermedad terapéutica). El patentamiento de un producto conocido si se le descubre una primera indicación terapéutica (antes contenía una regla técnica fuera del sector farmacéutico), así como el patentamiento de la segunda indicación médica de un producto ya conocido es objeto de diversas controversias.

Las objeciones que se alegan son que, en definitiva, aquí lo que se está haciendo es extender los derechos monopólicos de la patente después de su vencimiento. Esta práctica ha dado lugar a la llamada «supervivencia» de las patentes farmacéuticas³⁶. En concreto, son tres los supuestos que se pueden presentar:

Se entiende por patentes de uso («Empleo del producto X para el tratamiento de la enfermedad Y») aquellas referidas al uso de un producto nuevo o de un producto conocido por la generalidad del público o conocido para un tratamiento terapéutico, si el producto es empleado para un fin terapéutico nuevo y éste es posible de ser aplicado industrialmente. Si esta nueva forma del empleo del producto está dirigida a médicos y pacientes, se trata de un método terapéutico para el tratamiento del cuerpo humano, excluida del campo de patentabilidad en la mayoría de las legislaciones, por, entre otros, no cumplir con el requisito de aplicación industrial. Si, por el contrario, la nueva forma de emplear el producto se dirige al fabricante del producto farmacéutico (indicaciones para la producción, dosificación, formulación y embalaje del producto para su consumo), es decir, se trata de indicaciones para producir el principio activo como medicamento, el nuevo uso podría cumplir con el requisito de aplicación industrial³⁷.

Se entiende por patentes de uso de un procedimiento de fabricación de un medicamento («Empleo del producto X para la fabricación de un medicamento para el tratamiento de la enfermedad Y») aquellas referidas al uso de un principio activo para la fabricación de un medicamento para un nuevo uso terapéutico³⁸. En este supuesto la regla técnica se dirige al fabricante del medicamento, por lo que es aplicable industrialmente. La novedad de la regla técnica puede darse por ser el principio activo nuevo, ser el procedimiento nuevo o ser la fabricación para el tratamiento de la enfermedad nueva.

Finalmente, se entiende por patentes de la segunda indicación aquéllas referidas al patentamiento de un principio activo conocido para su primer empleo en un tratamiento terapéutico. En este caso, no es posible proteger el principio activo conocido para una segunda o, en general, posterior indicación terapéutica. Esta exclusión no alcanza a las invenciones de uso donde sería posible otorgar una patente cuando la segunda y cualquier posterior utilización del principio activo conocido es nueva y cumple con los demás requisitos de patentabilidad.

El alcance de la protección de los primeros dos supuestos es casi el mismo y comprende la fabricación industrial, ofrecimiento en venta, puesta en el mercado, utilización, dosificación del principio activo para el uso objeto de protección. La fabricación del principio activo puede ser realizada, en principio, por cualquier persona. La protección del uso empieza recién cuando el principio activo es producido objetivamente de tal manera que sólo sirva para el uso objeto de protección o cuando el principio activo conocido es preparado para el fin objeto de protección.

Solicitudes de patentes sobre el uso terapéutico de una sustancia química ya conocida, en definitiva consisten en instrucciones de cómo emplear dicha sustancia en relación con el tratamiento de una enfermedad particular. Este uso equivale a un método de tratamiento terapéutico, cuya patentabilidad se encuentra prohibida en la mayoría de las legislaciones

³⁶ Rhein, Patent passions run high in Canada, citado en: Correa, Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries. The TRIPS Agreement and Policy Options, Zed Books Ltd., Nueva York, 2002, 56.

³⁷ Este tipo de reivindicaciones pueden ser patentadas en Alemania, pero no en la Oficina Europea de Patentes. Cfr. Schulte, Patentgesetz mit EPÜ, 5ta. Edición, Carl Hemanns Verlag KG, Munich, 1994, § 1 núm. 107c.

³⁸ Cfr. Schulte (nota 37), § 1 núm. 107d.

de patentes (métodos terapéuticos, quirúrgicos y de diagnóstico). Para salvar este obstáculo, en algunas Oficinas de Patentes, por ejemplo, la Oficina Europea de Patentes, se admite una ficción legal: se permite patentar el uso de un compuesto X para la preparación de un medicamento para combatir la enfermedad Y. Esta ficción legal (conocida como la «fórmula Suiza») permite el patentamiento del uso del producto y no del producto como tal³⁹.

En los Estados Unidos se admite el patentamiento de los usos, dependiendo si el propósito del uso es nuevo y no obvio. Este tipo de patentes no comprende la protección del producto como tal.

3.4.2 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

3.4.2.1 EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

En el marco de la OMC no existe consenso sobre la obligación de patentar los segundos usos y, en general, los usos. Para un sector de la doctrina, los Países miembros tienen libertad para decidir la patentabilidad de usos de productos conocidos, incluyendo los usos terapéuticos. ADPIC sólo obliga a los Países a otorgar una patente para productos y procedimientos (artículo 27.1). De otro lado, agregan los defensores de esta tesis, dicha norma deja claro que las patentes que deben otorgarse son para *invenciones*. Sin embargo, no se define qué debe entenderse bajo «invención», especificándose sólo los requisitos que una invención debe cumplir (novedad, altura inventiva y aplicación industrial) para que pueda patentarse. Por lo anterior, los Países estarían en libertad de determinar en su legislación nacional lo que entienden por «invención». Para otro sector de la doctrina, los usos están comprendidos dentro de los procedimientos, por lo tanto, de acuerdo con el artículo 27.1 existe obligación de conceder patentes a los usos, así como a los segundos usos terapéuticos. Adicionalmente, establece este sector de la doctrina, no se incluye ni en el artículo 27.2 ni en el artículo 27.3, que permite a los Países excluir del campo de patentabilidad ciertas materias, a los usos ni a los segundos usos. En base a estas consideraciones, se concluye que existe la obligación de patentar los usos y segundos usos terapéuticos.

De una revisión de las leyes de propiedad industrial aprobadas recientemente en diferentes países (para adaptar su legislación a las exigencias de ADPIC) puede observarse que en la mayoría de ellas no se hace referencia alguna a la patentabilidad de los usos, no quedando claro si la protección de los procedimientos comprende la de los «usos» o los «métodos de usos».

3.4.2.2 LA DECISIÓN 486

De conformidad con el artículo 21 de la Decisión 486, los productos o procedimientos ya patentados, comprendidos en el estado de la técnica, de conformidad con el artículo 16 de la presente Decisión, no serán objeto de nueva patente, por el simple hecho de atribuirse un uso distinto al originalmente comprendido por la patente inicial.

Este artículo corresponde textualmente con el derogado artículo 16 de la Decisión 344. La redacción de esta norma no es la más feliz y dio lugar a muchas controversias. Para algunos países la norma prohibía el patentamiento de los segundos usos. Para otros, de acuerdo con una interpretación literal del artículo, era posible el patentamiento de segundos usos,

³⁹ En Europa es posible patentar un producto conocido para un área tecnológica diferente, si se le descubre una (nueva) indicación médica (artículo 54 (5) Convención Europea de Patentes). Los obstáculos existen para patentar la segunda indicación médica de un producto ya conocido. Es en estos casos donde se recurre a la «fórmula suiza».

siempre que éstos cumplieran con los requisitos de patentabilidad (novedad, altura inventiva y susceptible de ser aplicado industrialmente). Es decir, no debía tratarse de un «simple uso distinto al originalmente comprendido por la patente inicial». En base a esta interpretación, el Gobierno de Perú expidió en el año 1997 el Decreto Supremo No. 010-97-ITINCI por el que se aclaraba el artículo 43 del Decreto Legislativo 823 (equivalente al artículo 16 de la Decisión 344) en el sentido anterior. En base a este Decreto Supremo, la Oficina de Invenções del Perú otorgó la patente de segundo uso sobre el producto «Pirazolopirimidinonas para el tratamiento de la impotencia». Situación similar, aunque sin norma nacional interpretativa de por medio, se dio en Ecuador y Venezuela.

La Asociación de Industrias Farmacéuticas de Origen y Capital Nacionales (ADIFAN) del Perú planteó una denuncia por incumplimiento ante la Secretaría General cuestionando la validez de la patente concedida en el Perú y estableciendo que ella se había otorgado contraviniendo el artículo 16 de la Decisión 344. La Secretaría General (Resolución 358 del 11 de febrero del 2000, derogada por la Resolución 406 del 22 de junio del 2000) y posteriormente el Tribunal Andino (Proceso 89-AI-2000) determinaron que con la concesión de la patente en cuestión, el Gobierno del Perú había incumplido con las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico andino. En opinión de ambos órganos la Decisión 344 prohibía el patentamiento de los segundos usos.

Una situación similar se produjo en Ecuador y Venezuela. En los dos países se otorgaron también patentes para el uso del producto pirazolopirimidinonas para el tratamiento de la impotencia. Las Oficinas correspondientes de propiedad industrial otorgaron la patente basándose en la Decisión 344. Al igual que en el Perú, los laboratorios farmacéuticos nacionales recurrieron a la Secretaría General para interponer una acción de incumplimiento, y aquí también la Secretaría General (Resolución 424 del 2 de septiembre del 2000 confirmada por la Resolución 457 del 4 de diciembre del 2000; Resolución 423 del 31 de agosto del 2000 confirmada por Resolución 476); y el Tribunal Andino (Procesos 01-AI-2001 y 34-AI-2001) consideraron que las patentes habían sido otorgadas violando el ordenamiento jurídico andino, que impedía el patentamiento de los segundos usos.

Como se ha indicado, el actual artículo 21 de la Decisión 486 constituye una repetición literal del derogado artículo 16 de la Decisión 344. En Colombia debido al pronunciamiento expreso del Tribunal Andino sobre la legalidad del patentamiento de los segundos usos, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) no está concediendo este tipo de patentes. Un argumento adicional (y probablemente el fundamental) por el que la SIC no otorga patentes de segundo uso es porque en el artículo 14 de la Decisión 486 (sobre la obligación de otorgar patentes en todos los campos de la tecnología si se cumplen los requisitos allí señalados) sólo se menciona a los productos y procedimientos, y no a los usos. Para la SIC los usos son una tercera categoría de invenciones. Hasta ahora todas las solicitudes de patentes de usos presentadas en Colombia han sido denegadas por la Superintendencia. La solicitud de patente del producto pirazolopirimidinonas para el tratamiento de la impotencia fue denegada en el 2000. La resolución de reposición confirmó esta denegatoria. Actualmente este caso se encuentra en el Consejo de Estado.

Al respecto, es conveniente indicar que durante las negociaciones de la Decisión 486 el tema del patentamiento de los segundos usos fue objeto de grandes controversias y la posición de los países sobre este punto varió a lo largo del proceso de negociación. En la IV Reunión de Expertos en materia de Propiedad Industrial los países por consenso decidieron eliminar un texto como el actual artículo 21. Sin embargo, en la V Reunión de Expertos la discusión sobre este tema se reabrió y la delegación colombiana junto con la boliviana estuvieron a favor de volver a incluir una disposición como el derogado artículo 16 de la Decisión 344. Las delegaciones de Ecuador y Venezuela abogaron por la

eliminación del artículo. Al no existir consenso entre los países esta disposición se mantuvo entre corchetes hasta la Reunión de Alternos. Los Expertos de los países optaron porque este punto sea decidido por los Alternos (Vice-Ministros de Comercio Exterior) o por la Comisión (Ministros de Comercio Exterior).

Independientemente de si los países estaban a favor o en contra de patentar los segundos usos, había preocupación por parte de varias delegaciones si con la prohibición de su patentamiento se estaba incurriendo en una violación del Acuerdo sobre los ADPIC, al cual todos los Países andinos se encuentran adheridos. La posición sostenida por la delegación de Colombia era que los usos son una tercera categoría de patentes (al lado de los productos y procedimientos), por lo tanto la obligación general contenida en el artículo 27.1 ADPIC de patentar todas las invenciones que cumplan con los requisitos de novedad, altura inventiva y aplicación industrial, sin poder realizar discriminación alguna por el campo tecnológico, lugar de la invención y por el hecho que los productos sean importados o producidos en el país, no se aplicaba a las patentes de segundo uso. Para otras delegaciones los usos eran una subcategoría de los procedimientos, por lo que existía una obligación a su patentamiento si se cumplían los requisitos legales. Las únicas excepciones a la patentabilidad que los países podían incluir eran aquéllas previstas en el artículo 27.2 y 27.3 ADPIC.

3.4.2.3 LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO REGIONALES

Ni en el TLCAN ni en los TLCCE, RD-CAFTA se encuentran normas expresas sobre el patentamiento de usos o segundos usos, por lo que el asunto quedaría aquí también librado a si se considera o no el uso o los métodos de usos, como una subespecie de las patentes de procedimiento. De acuerdo con las declaraciones oficiales de algunos Gobiernos que recientemente han negociado un TLC no se habría acordado el patentamiento de los segundos usos⁴⁰.

3.4.2.4 ALCA

Al igual que en los TLCs no existe en el Tercer Borrador ninguna disposición expresa referida al patentamiento de los usos. Por tanto, aquí también su patentabilidad dependerá al alcance que se le dé a las patentes de procedimiento.

3.4.3 PROPUESTAS DE LOS PAÍSES EN EL MARCO DE LAS NEGOCIACIONES DEL TLC EEUU-PAÍSES ANDINOS

Probablemente debido a los antecedentes de la protección de los usos en la Comunidad Andina, los EEUU van a proponer expresamente en el marco de las negociaciones del TLC con los Países andinos la patentabilidad de los nuevos usos, así como de los usos de productos conocidos. Los Países andinos en su propuesta guardan silencio respecto al patentamiento de los usos.

3.4.4 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LAS PROPUESTAS

En general, cuando en cualquier sector tecnológico se pasa de un régimen de no protección por patentes a protección, es conveniente que la transición a un régimen de total protección se realice progresivamente y luego de un cuidadoso análisis del alcance de la protección de cada modalidad.

⁴⁰ Ver, por ejemplo, el documento emitido por el Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica, El Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos. Principales logros y resultados, 25.1.2004, 9, disponible en: <http://www.iis.ucr.ac.cr/recursos/cidcacs/especial/oficialcrLogros%20y%20resultados%20de%20la%20Negociacion.pdf>; así como la presentación realizada por el Ministerio de Fomento, Industria y Comercio de Nicaragua, CAFTA: Propiedad Intelectual. Presentación para enfatizar lo negociado en patentes, datos confidenciales, comercialización de productos farmacéuticos y agroquímicos, enero 2004, disponible en: http://mific.gob.ni/DocuShare/dsgi/ds.py/Get/File_4216/CAFTA_Propiedad_Intelectual_Enero-04.ppt.

El ordenamiento comunitario andino reconoce patentes farmacéuticas desde hace diez años, sin embargo, no parece aún adecuado otorgar una protección a todas las modalidades posibles en esta área. Antes bien, se debería utilizar las flexibilidades previstas en los ADPIC.

Se puede considerar que invenciones relacionadas con el uso de un producto conocido no son patentables porque en estos casos se trata en realidad del descubrimiento de una propiedad existente del producto, antes que el desarrollo de una nueva propiedad o este nuevo uso cae dentro de las exclusiones a la patentabilidad de los métodos terapéuticos.

Adicionalmente, la patentabilidad de usos de sustancias conocidas puede encubrir algunos casos de biopiratería, en la medida que una sustancia que se encuentra en la naturaleza es patentada en base a la identificación de un determinado uso terapéutico.

En el caso de los segundos usos de productos farmacéuticos conocidos se trata en realidad de un conjunto de instrucciones a un médico que en sí no reúnen los requisitos de patentabilidad.

3.4.5 ANÁLISIS ECONÓMICO

Nos remitimos al comentario realizado en el punto 3.3.5.

Decisión 486	ADPIC	TLCAN	TLCCE
<ul style="list-style-type: none"> - Contiene una norma expresa sobre los segundos usos. - Interpretación del Tribunal Andino es que esta norma prohíbe el patentamiento de los segundos usos - Ecuador, Perú y Venezuela reconocieron en su momento los segundos usos - Para la SIC de Colombia los procedimientos no comprenden los «usos» o «métodos de usos» 	<ul style="list-style-type: none"> - Contiene una norma expresa sobre los segundos usos. - Interpretación del Tribunal Andino es que esta norma prohíbe el patentamiento de los segundos usos - Ecuador, Perú y Venezuela reconocieron en su momento los segundos usos - Para la SIC de Colombia los procedimientos no comprenden los «usos» o «métodos de usos» 	<ul style="list-style-type: none"> - No contiene una norma expresa sobre la patentabilidad de segundos usos - Patentabilidad dependerá si se considera o no a los usos dentro de la categoría de procedimientos 	<ul style="list-style-type: none"> - No contiene una norma expresa sobre la patentabilidad de segundos usos - Patentabilidad dependerá si se considera o no a los usos dentro de la categoría de procedimientos
RD-CAFTA	«Peor escenario»	Tercer Borrador ALCA	
<ul style="list-style-type: none"> - No contiene una norma expresa sobre los segundos usos. - Patentabilidad dependerá si se considera o no a los usos dentro de la categoría de procedimientos 	<ul style="list-style-type: none"> Debe ser posible patentar los nuevos usos así como los usos de productos conocidos 	<ul style="list-style-type: none"> - Adhesión al TLT y al PLT - Normas de procedimiento de registro de marcas (solicitudes electrónicas), de registro de indicaciones geográficas, de concesión de patentes 	

3.5 MÉTODOS TERAPÉUTICOS, QUIRÚRGICOS, DE DIAGNÓSTICO

3.5.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Los productos y procedimientos para que puedan ser patentados deben diferenciarse del método de tratamiento.

Las razones para excluir a los métodos de tratamiento del campo de patentabilidad varían: en algunos países la exclusión se basa en consideraciones de orden ético y moral (Europa); otros en la necesidad de disponer de métodos de tratamiento (países en desarrollo); finalmente, un tercer grupo de países, sin contar con una exclusión expresa, deniega la patente de los métodos terapéuticos, de diagnóstico o quirúrgicos por no cumplir con los requisitos de patentabilidad. Así, al tener los métodos de tratamiento un efecto en el cuerpo humano (o animal), no tienen muchas veces un efecto industrial. Por eso, en la mayoría de casos no pueden cumplir con el requisito de patentabilidad de aplicación industrial (EEUU y Nueva Zelanda). En consecuencia, en estos países en principio se permite la patentabilidad de los métodos de tratamiento, si los mismos pueden ser considerados un procedimiento y cumplen con los otros requisitos de patentabilidad.

La mayoría de países excluyen del campo de patentabilidad a los métodos de tratamiento. Sin embargo, de vez en cuando surgen propuestas para admitir su patentabilidad con el argumento que es la única forma de lograr una divulgación y difusión del método de tratamiento en cuestión.

Pero aún los países que admiten la patentabilidad de los métodos de tratamiento, en la práctica casi no otorgan patentes sobre esta materia porque el «enforcement» es muy difícil, el mismo que debe realizarse a nivel privado (métodos que emplean los médicos).

La exclusión de patentabilidad de los métodos de tratamiento tiene implicancias en el sector farmacéutico, en particular con los nuevos usos de un producto farmacéutico conocido. No existe verdadera diferencia entre el patentamiento del uso de una sustancia y el del método de tratamiento. En ambos casos, se reivindica una nueva actividad médica (una nueva forma de usar uno o más productos farmacéuticos conocidos).

3.5.2 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

3.5.2.1 EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

En el Acuerdo sobre los ADPIC la forma cómo se usan las invenciones para curar a los seres humanos y a los animales puede excluirse del campo de patentabilidad (artículo 27.3 a)).

3.5.2.2 LA DECISIÓN 486

En el artículo 20 inciso d) se excluyen a los métodos terapéuticos, quirúrgicos y de diagnóstico del campo de patentabilidad.

3.5.2.3 EL TLCAN

Se prevé expresamente que los métodos de tratamiento pueden excluirse del campo de patentabilidad.

3.5.2.4 EL TLCCE

No se faculta de manera expresa a las Partes a establecer exclusiones a la patentabilidad. En consecuencia, los métodos terapéuticos, quirúrgicos, de diagnóstico deberían poder ser patentados si son considerados un procedimiento y cumplen con los requisitos de patentabilidad.

3.5.2.5 EL RD-CAFTA

Se faculta a las Partes a hacer uso de las exclusiones previstas en el artículo 27.3 a) ADPIC. En consecuencia, una Parte podrá excluir del campo de patentabilidad a los métodos de tratamiento.

3.5.2.6 ALCA

Las propuestas sobre los métodos terapéuticos, quirúrgicos, de diagnóstico propugnan, de un lado, que no se les considere una invención, de otro lado, que se les excluya del campo de patentabilidad, sea únicamente o no limitado a esta causal (artículo 3).

3.5.3 PROPUESTAS DE LOS PAÍSES EN EL MARCO DE LAS NEGOCIACIONES DEL TLC EEUU-PAÍSES ANDINOS

Aun cuando oficialmente no se conocen los textos de las propuestas de los EEUU en los recientes TLCs suscritos con los países latinoamericanos, puede partirse - por las declaraciones oficiales que realizan los funcionarios de los diferentes países que han participado en las negociaciones⁴¹ - que ellas incluían la patentabilidad de los métodos terapéuticos, quirúrgicos, de diagnóstico. En consecuencia, puede esperarse que también en el marco de las negociaciones con los Países andinos, los EEUU van a proponer la patentabilidad de estos métodos de tratamiento. Los Países andinos no han realizado ninguna propuesta sobre este tema.

3.5.4 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LAS PROPUESTAS

La mayoría de países excluyen a los métodos de tratamiento del campo de patentabilidad porque reconocen que no se trata de «invenciones» o para impedir el monopolio de un área que puede afectar la salud humana y animal. Inclusive, en los Estados Unidos se deniega el patentamiento de estos métodos por no cumplir con los requisitos de patentabilidad. De cualquier forma, una eventual infracción de los derechos de patente sobre estos métodos es usualmente difícil de establecer y, en los casos que se permita el patentamiento de los métodos de tratamiento, el valor práctico de estas patentes es cuestionable. Sin embargo, puede ser que este tipo de patentes adquieran mayor importancia con el desarrollo de tratamientos genéticos⁴².

Ahora bien, debe quedar claro que la no patentabilidad de los métodos de tratamiento no se extiende a los productos e instrumentos que puedan ser utilizados en el empleo de alguno de estos métodos.

⁴¹ Ver nota (40).

⁴² Ver Corea (36), 67.

3.5.5 ANÁLISIS ECONÓMICO

Nos remitimos al comentario realizado en el punto 3.3.5.

Decisión 486	ADPIC	TLCAN	TLCCE
Se excluye del campo de patentabilidad a los métodos de tratamiento	Se faculta a los Estados miembros excluir del campo de patentabilidad a los métodos de tratamiento	Se faculta a las Partes excluir del campo de patentabilidad a los métodos de tratamiento	No se prevé posibilidad de excluir materias del campo de patentabilidad
RD-CAFTA	«Peor escenario»	Tercer Borrador ALCA	
<ul style="list-style-type: none"> - Las Partes pueden excluir del campo de patentabilidad las exclusiones previstas en los ADPIC - Por tanto, los países pueden excluir a los métodos de tratamiento 	Se obliga a patentar los métodos de tratamiento	<ul style="list-style-type: none"> - Algunas propuestas no consideran a los métodos de tratamiento invenciones - Otras propuestas los excluyen del campo de patentabilidad 	

3.6 EXTENSIÓN DE LOS PLAZOS DE PROTECCIÓN

3.6.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El objetivo del derecho de patentes es «recompensar» al inventor por la I + D invertidos en el desarrollo de su invento. Para ello se le concede durante un plazo determinado un derecho de exclusiva. Durante este plazo el inventor podrá explotar exclusivamente su invento. Ningún tercero sin su autorización podrá hacer uso del mismo. La amortización de los costos de la inversión en las que incurrió el inventor se traduce en la imposición de un precio basado en la capacidad de poder excluir a la competencia. Al vencimiento del plazo el invento pasa al dominio público y cualquiera puede utilizarlo. De esta manera se promueve la innovación y el desarrollo tecnológico. Se considera que de otra manera (sin la concesión del derecho de exclusiva) no se produciría un nivel suficiente de invención e innovación.

¿Cuál es el plazo de protección adecuado para «recompensar» suficientemente al inventor? No es fácil definir con exactitud la duración óptima del monopolio. Si la protección es demasiado corta, el desarrollo de la tecnología puede verse obstaculizado porque no existen suficientes incentivos para la I + D. Si se otorga una protección demasiado larga, los consumidores pueden verse perjudicados, inclusive a largo plazo, y los titulares de patentes obtendrán beneficios que excederán los costos generales de I + D. Además, se podría entorpecer la innovación futura basada en la tecnología, puesto que la tecnología no podrá ser de libre acceso durante un tiempo más largo del requerido⁴³.

3.6.2 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

3.6.2.1 EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

En el Acuerdo sobre los ADPIC se estableció que el plazo mínimo de protección del derecho de patentes es de 20 años contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud (artículo 33). En la medida que bajo el CUP los países estaban en libertad de determinar el plazo de duración de la patente, existía una diversidad de regulaciones sobre este punto, tanto en cuanto al tiempo de protección como a la forma de computar el plazo. El artículo 33 ADPIC sirvió para armonizar el plazo de protección de las patentes a nivel internacional.

⁴³ Cfr. CIPR (nota 11).

Durante las negociaciones de los ADPIC algunos países desarrollados intentaron que el plazo de protección se extendiera para los casos de productos en los que fuera necesario la obtención de una autorización para su comercialización. Por ejemplo, el caso de productos farmacéuticos en los Estados Unidos, Europa y otros países. Esta propuesta no prosperó. En consecuencia, ningún País miembro está obligado a dar una protección mayor a 20 años.

El alcance del artículo 33 fue objeto de análisis en el caso *Canadá – Período de protección mediante patente* llevado al sistema de Solución de Diferencias de la OMC⁴⁴. En este caso se discutió si la intención de la norma era conceder en todos los supuestos un plazo de protección de 20 años contado a partir de la fecha de solicitud, o la intención era más bien dar una protección efectiva de alrededor de 15 años (considerando que en promedio el plazo de concesión de la patente es de cinco años). Por tanto, una protección de 17 años que está por encima del promedio de la protección efectiva, no debía considerarse violatoria del Acuerdo ADPIC. Tanto el Panel de Expertos como el Órgano de Apelación consideraron que el artículo 33 busca certeza jurídica. El término de protección debe ser en *todos* los casos de 20 años contado a partir de la presentación de la solicitud.

De acuerdo con el informe de la Comisión de Propiedad Intelectual creada por el Gobierno del Reino Unido el plazo de protección de la patente de 20 años es suficiente para que la industria farmacéutica pueda recuperar sus inversiones en investigación y desarrollo⁴⁵.

3.6.2.2 LA DECISIÓN 486

De acuerdo con el artículo 50 las patentes tendrán una duración de 20 años contado a partir de la fecha de presentación de la solicitud. No se prevé ninguna extensión de los plazos de vigencia.

3.6.2.3 EL TLCAN

El plazo de duración de la patente es mínimo 20 años desde la presentación de la solicitud o 17 desde el otorgamiento de la patente. Se prevé, en los casos donde proceda, la posibilidad de extender la duración para compensar retrasos originados por demoras en los procedimientos de autorización de comercialización (artículo 1709.12). Aparentemente, se deja a los países la posibilidad de regular a nivel nacional requisitos adicionales para que procedan a la extensión de la duración de la patente.

3.6.2.4 EL TLCCE

No se regula el tiempo de duración de la patente, pero sí la posibilidad de extender el plazo de vigencia por dos motivos: i) demoras injustificadas en el otorgamiento de la patente (cinco años desde la presentación de la solicitud de patente, tres años desde el requerimiento para la realización de examen), siempre que estos períodos no sean atribuibles a acciones del solicitante (artículo 17.10.6); ii) reducción injustificada del plazo de vigencia de la patente resultante de los procedimientos de autorización de comercialización (artículo 17.11.2).

3.6.2.5 EL RD-CAFTA

No se regula el plazo de duración mínima de la patente, pero sí la posibilidad de extender el mismo por los mismos motivos que el TLCCE, a saber: i) retrasos injustificados en el

⁴⁴ WT/DS114/R, WT/DS170/AB/R, disponibles en: <http://www.wto.org>.

⁴⁵ Ver Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual (nota 43).

otorgamiento de la patente (cinco años desde presentación de la solicitud de patente, tres años desde el requerimiento para la realización del examen, siempre que los periodos no incluyan acciones imputables al solicitante de la patente) (artículo 15.9.6); ii) reducción irrazonable del plazo efectivo de la patente como resultado del proceso de autorización de comercialización (artículo 15.10.2).

3.6.2.6 ALCA

En el Tercer Borrador del ALCA se requiere que las Partes extiendan el plazo de protección bajo determinadas circunstancias: i) para compensar un retraso excesivo en el otorgamiento de una patente (cuatro años desde la presentación de la solicitud, dos años desde que se pidió realizar el examen de fondo) (artículo 9. 2); ii) para ajustarse al período de extensión previsto por el país que dirige el examen de la invención (artículo 9.3 Subsección B.2.e); o iii) para controlar mejor mercados nacionales, si la invención goza en dos países de dos diferentes derechos de patentes, la patente que venza en primer lugar será prorrogada en el plazo necesario para que no expire antes de la fecha de expiración de la patente en el otro país (artículo 1.4 c) Subsección B.2.j).

3.6.3 PROPUESTAS DE LOS PAÍSES EN EL MARCO DE LAS NEGOCIACIONES DEL TLC EEUU-PAÍSES ANDINOS

Es posible que, al igual que en los recientes TLCs, los Estados Unidos propongan a los Países andinos la posibilidad de extender el plazo de protección si existe una demora injustificada en la tramitación del expediente (cuatro años desde la presentación de la solicitud, dos años desde la fecha que se solicitó la realización del examen). En el caso de patentes farmacéuticas, usualmente se está pidiendo también un ajuste del plazo por retrasos en la aprobación de comercialización. Si la autorización de comercialización se hace en base a una otorgada en otro país, debe compensarse la reducción irrazonable del plazo por los retrasos en los procesos de autorización de comercialización tanto en el otro territorio como en el de la Parte.

3.6.4 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LAS PROPUESTAS

Posibles prórrogas de la vigencia de la patente limitarían o retrasarían la competencia de los fármacos genéricos. Además, es un hecho conocido que las oficinas de patentes en todo el mundo, especialmente las pequeñas cuyos recursos son limitados, están llenas de trabajo, ante un número creciente de solicitudes de patentes. Las disposiciones sobre extensión de plazos de protección sancionarán a las pequeñas oficinas de patentes, lo que podría generar la concesión de patentes inválidas, debido a la falta de tiempo para examinarlas debidamente.

Las disposiciones hasta ahora acordadas en los recientes TLCs hablan de una extensión del plazo por «demoras injustificadas» en el otorgamiento de la patente. No está claro lo que se entiende por «demora injustificada». Lo que puede ser «injustificado» para un país puede no serlo para otro. O debe entenderse por «demora injustificada» el solo hecho de que se haya excedido el plazo de los cinco o cuatro años sin que se hubiera otorgado la patente? Una aclaración de los alcances de este término, que tome -en cuenta la realidad de las oficinas de propiedad industrial de los Países andinos en especial en relación a las carencias personales y materiales que tienen- otorgará seguridad jurídica. Sin embargo, de no ser esto posible es más conveniente que el Tratado no incluya ninguna definición, sino que se deje a discrecionalidad de los Países determinar en el caso concreto si la demora ha sido injustificada o no.

Cabe señalar que esta causal de extensión de los plazos de vigencia de las patentes no está prevista en la legislación de los Estados Unidos.

Las normas tampoco establecen claramente la forma cómo se computará el plazo de extensión y el período máximo de éste⁴⁶. Otro punto no claro es si será posible una acumulación de las causales para computar la extensión del plazo de vigencia. Finalmente, en las disposiciones finales de los TLCs se prevé un plazo de transición para que entre a regir la norma que manda extender el plazo de vigencia por demoras en la concesión de la patente, en tanto que la extensión por demoras en los procedimientos de autorización de comercialización son automáticos. En ambos casos, cabría interpretar que la extensión beneficiará incluso a patentes vigentes a la fecha de entrada en vigencia de los tratados (aplicación retroactiva de las normas)⁴⁷.

3.6.5 ANÁLISIS ECONÓMICO

Hace mucho tiempo que los economistas rechazaron la idea de que la mejor política en propiedad intelectual es extender al máximo la protección, y comprendieron que en este campo debe evitarse tanto el defecto como el exceso de protección. La siguiente cita da una idea del costo social en que se puede incurrir por exceso de protección y, en particular, por extender el plazo de protección de una patente:

«... durante casi un cuarto de siglo ... James Watt pudo impedir que otros ingenieros construyeran nuevos tipos de máquina de vapor, incluso bajo su licencia»⁴⁸

«Por lo menos un historiador argumenta que la Revolución Industrial realmente arrancó en 1785, el año en que caducó la patente de Watt (Rougier, 1971, p. 118).»⁴⁹

En el modelo económico neoclásico de competencia perfecta, se demuestra rigurosamente que, si se cumplen una serie de hipótesis, la economía alcanza un nivel óptimo de eficiencia y bienestar, el llamado óptimo de Pareto. El modelo predice que las utilidades de las empresas tienden a reducirse a cero, que éstas producen al mínimo costo y que los precios de venta son iguales a sus costos marginales. Una de las hipótesis del modelo es que los rendimientos de las empresas son finalmente decrecientes (costo marginal superior al costo medio) lo que lleva a la conclusión de que sus beneficios no son negativos cuando venden a un precio igual al costo marginal de producción.

Pero, en el caso que nos ocupa no se cumple la hipótesis del modelo, pues la inversión en investigación y desarrollo que permite inventar nuevos bienes o procedimientos es un costo fijo que no se refleja en el costo marginal y, en consecuencia, las empresas tendrían pérdidas si vendiesen al costo marginal.

Esto representa un problema porque, en ausencia de un sistema de compensación, estas industrias enfrentan la alternativa entre:

- no producir, y la sociedad pierde los beneficios de su invento, o
- aplicar precios que exceden sus costos marginales, lo que las saca de competencia frente a las «free riders» que no incurren en costos de investigación y desarrollo porque copian su invento.

⁴⁶ En los Estados Unidos la extensión por demoras en la aprobación de comercialización de un producto farmacéutico no puede superar los cinco años y, en ningún caso, la exclusividad puede exceder los 14 años desde la fecha de aprobación de la *Food and Drug Administration*.

⁴⁷ Cfr. Corea, Efectos del CAFTA sobre la salud pública en Guatemala, Médicos sin Fronteras, octubre 2004, disponible en: <http://www.msf.es>.

⁴⁸ Ashton, La Revolución Industrial, 1760-1830, Fondo de Cultura Económica, México, 1973 [1948]. Citado por Cole, Patentes: Costos y Beneficios. Laissez Faire, disponible en: <http://www.economia.ufm.edu.gt/Publicaciones/LaissezFaire/Laissez%2012/julio.HTM#14>

⁴⁹ Cole (nota 49).

La solución que da el sistema de patentes a este problema, es otorgar un período de 20 años al titular de la invención, período en que podrá vender a un precio por encima del costo marginal de producción sin afrontar la competencia de empresas que copien su invento.

Esta solución no es óptima, pues nada asegura que el aprovechamiento del poder monopólico durante los 20 años de vigencia de la patente va a compensar exactamente a la empresa por los costos de investigación y desarrollo en que incurrió. Es posible que sus ganancias sean insuficientes o, al contrario, que sean exageradas⁵⁰.

El caso de monopolio natural de algunas empresas públicas guarda una similitud formal con el de las invenciones, cuando los costos fijos hacen que la venta al costo marginal genere pérdidas. La solución que dan los teóricos en este caso es un esquema de regulación, que implica fijar precios para las industrias con rendimientos crecientes, de modo que se encuentren lo más cerca posible de precios de eficiencia y que, al mismo tiempo, aseguren a las empresas un nivel de beneficios no negativo, a fin de que no abandonen el mercado y sigan un comportamiento eficiente, en beneficio de la Sociedad.

La regla de Ramsey-Boiteux⁵¹ para las empresas públicas establece que los apartamientos óptimos entre precios y costos marginales están en proporción directa del precio sombra de los fondos públicos y en proporción inversa de la elasticidad de las demandas involucradas. En otras palabras, cuando el costo marginal es decreciente o constante, la teoría económica recomienda cobrar el costo marginal del producto o servicio, más una cantidad inversamente proporcional a la elasticidad de la demanda del comprador del servicio.

La fórmula para calcular el precio sería, por lo tanto, la siguiente:

$$T = CM + \lambda/E$$

En la cual: CM es el costo marginal del producto o servicio, λ es una constante dependiente de las condiciones impuestas al equilibrio financiero de la empresa, y E es la elasticidad de la demanda del usuario.

Para aplicar esta conclusión de la teoría de la empresa pública al caso de las patentes se requeriría que una autoridad mundial fijase el precio de venta de los productos o servicios patentados de acuerdo a la fórmula indicada. El valor de λ se derivaría matemáticamente del monto que se haya acordado como compensación al inventor por los costos de investigación y desarrollo en que incurrió,⁵² dado que el plazo de protección es de 20 años, y la elasticidad de la demanda se podría fijar, de acuerdo al criterio que se considere más práctico, para el mercado mundial, por país,⁵³ etc.

⁵⁰ William/Lanjouw, Financing Pharmaceutical Innovation: How Much Should Poor Countries Contribute?, Center for Global Development, Working Paper No. 28, 2003, disponible en: <http://www.georgetown.edu/faculty/wgj/jack-lanjouw-draft.pdf>.

⁵¹ Boiteux, Sur la gestion des monopoles publics astreints à l'équilibre budgétaire, *Econometrica*, vol 24, 1956, 22-40.

⁵² Lamda (λ) es el multiplicador de Lagrange de la restricción de financiamiento de la empresa.

⁵³ Por ejemplo, en el caso de los productos farmacéuticos en los países en desarrollo, en que la elasticidad de la demanda es mayor, el precio de venta sería inferior que en los países de mayor ingreso per cápita.

Es evidente que actualmente no es posible aplicar la teoría indicada al caso de las patentes, entre otras razones porque no existe un sistema mundial de patentes, pero ilustra con claridad cuan lejos está el sistema actual del óptimo social.

En el sistema actual, las ganancias de la empresa dependen de su capacidad para elevar el precio de venta del producto o servicio patentado, la cual depende a su vez de la elasticidad de la demanda, pero este concepto no tiene relación con la recuperación de los costos de inversión y desarrollo en que se incurrió para la invención. Si la norma básica para alcanzar el óptimo social es que los precios de venta reflejen los costos de producción, en este caso no se está respetando en absoluto. El respeto a la norma obligaría a estudiar las condiciones de producción y demanda, en cada caso de patentes, para regular el precio de venta o, en caso contrario, dejar libre el precio y fijar el plazo de protección. Dado que no es el caso, extender los plazos de protección cuando ha habido una demora en la autorización para comerciar, parece una sofisticación exagerada frente a una norma relativamente arbitraria.

En resumen, la ineficiencia ex post del sistema de patentes es el necesario costo en que se incurre para proveer el incentivo suficiente para emprender los proyectos de investigación y desarrollo deseables. La magnitud del incentivo depende del plazo de protección y el alcance del derecho de patente. El óptimo es que tal incentivo sea proporcional al costo del proyecto de investigación y desarrollo, lo que significa que deben entallarse los incentivos de una patente a la medida de cada innovación particular. Además del costo del proyecto, la patente hecha a la medida debe reflejar también las condiciones particulares del mercado del nuevo producto o proceso.

Es claro que el sistema de patentes no lo hace y no lo puede hacer, porque su incentivo a la inversión (veinte años de exclusividad en el mercado) es relativamente arbitrario, y no se justifica tomarlo como pretexto para extender los plazos de protección en algunos casos particulares.

Definido este punto, a continuación se realiza un cálculo sencillo para tener una idea del orden de magnitud que podría tener el costo para los países de la Comunidad Andina de extender los plazos de vigencia de las patentes.

Según la Pharmaceutical Research and Manufacturers of America (PhRMA), el costo promedio de desarrollar una nueva droga es de 802 millones de dólares y las empresas cuentan con sólo ocho años de duración efectiva de la patente para recuperarlo⁵⁴. En estas condiciones, y en la hipótesis negada de que las empresas farmacéuticas no tienen utilidades sino que se limitan a reponer su inversión, el costo de extender el plazo de protección sería de 100 millones de dólares anuales, por cada droga.

Dicho costo es cubierto por los consumidores de todo el mundo, y los consumidores de los Países andinos que participan en el TLC cubren una fracción, en relación con su participación en el mercado mundial de medicamentos. Dado que el PBI de los Países andinos es del orden del 1% del PBI mundial, se puede suponer que la pérdida para los Países de la Comunidad Andina será cercana a un millón de dólares anuales por cada droga a la que se le extienda el plazo de protección, siempre bajo el supuesto de que las empresas multinacionales farmacéuticas no tienen utilidades.

⁵⁴ Pharmaceutical Research and Manufacturers of America (PhRMA), Pharmaceutical Industry Profile 2004 (Washington, DC, PhRMA, 2004).

Pero, las cifras citadas por PhRMA, que se basan en el estudio Tufts⁵⁵, no son generalmente aceptadas y han recibido críticas. Se dice que:

*«la actividad de I + D no implica para los laboratorios privados una inversión promedio de 802 millones de dólares por molécula exitosa, como se quiere hacer creer, sino bastante menor. Según Public Citizen, «no supera los US\$ 100 millones». Para Merrill Goozner, autor del libro The US\$ 802 Million Pill, si bien esta cifra pudo ser relativamente cierta hacia 1990, hoy está muy lejos de la realidad, pues los subsidios que desde entonces otorga el Estado a la actividad investigativa han reducido considerablemente el esfuerzo privado. En concepto del Doctor Nelson Levy, ex jefe de investigaciones de Laboratorios Abbott, «la cifra de US\$ 802 millones, constantemente repetida por la industria innovadora, es basura».*⁵⁶

Así, la estimación propuesta será considerada una exageración por quienes creen que:

- Las empresas han inflado sus costos de I & D.
- El gasto en medicamentos patentados con respecto al PBI es menor al promedio mundial en los países de la CAN, o que
- El plazo de aprovechamiento de la patente es mayor. Según Angell⁵⁷ sería de 14 años, lo que reduciría el costo anual a 8/14.

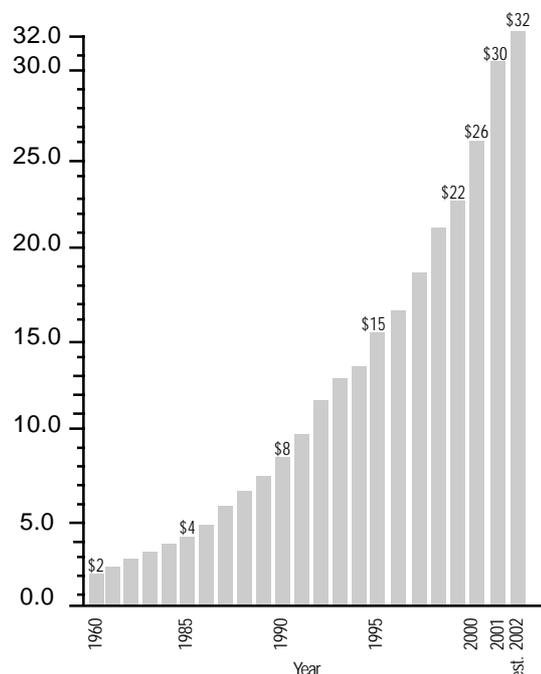
O, al contrario, puede ser una sub-valoración, si se considera que las empresas farmacéuticas no sólo cubren sus costos sino que tienen utilidades elevadas. Un claro indicio que apoya la tesis de que la rentabilidad de los grandes laboratorios es elevada se encuentra en el gráfico adjunto, que muestra el impresionante crecimiento que ha tenido la inversión en I & D, pues nadie invertiría tan fuertes y crecientes sumas si la actividad no fuese muy rentable.

⁵⁵ DiMasi y otros, The price of innovation: new estimates of drug development costs Journal of Health Economics 22 (2003), 151–185, disponible en: <http://www.sciencedirect.com>.

⁵⁶ Holguín, La bolsa y la vida: Impacto de la Agenda Norteamericana para el TLC sobre el acceso a medicamentos y la Salud Pública, Misión Salud (Ed.), Primera Edición, Bogotá, 2004, 94, disponible en: <http://www.misionsalud.org/la-bolsa-y-la-vida-german-holguin.pdf>.

⁵⁷ Ver Angell, The Truth About the Drug Companies, en: The New York Review of Books, Vol. 51, No. 12, 15.7.2004, disponible en: <http://www.nybooks.com/articles/17244>.

**RESEARCH AND DEVELOPMENT
CONTINUES TO GROW
EXPENDITURES (\$ BILLIONES)**



Fuente: Pharmaceutical Research and Manufacturers of America (PhRMA).
Pharmaceutical Industry Profile 2004 (Washington, DC: PhRMA, 2004).

A continuación se propone una alternativa a la estimación realizada, tomando en cuenta los datos de quienes critican la información de la PhRMA:

En primer lugar, el costo promedio de una nueva droga no sería de 802 sino de unos 400 millones de dólares, siguiendo la afirmación de Holguín:

«el caso que nadie pone en duda es que cerca del 50% de las inversiones en I + D proviene no de los laboratorios privados comercializadores de los inventos, sino de los contribuyentes a través de aportes del sector público⁵⁸».

Pero, si se toma en cuenta las utilidades (según Angell⁵⁹ representan el 18.5% de las ventas mientras que el gasto en investigación y desarrollo el 13%) las ganancias extraordinarias durante el período de vigencia de la patente o, en otros términos, el costo promedio de una patente, será mayor en una relación de $(18.5 + 13)/13$, y representa unos 970 millones de dólares.

Si se considera que esta cifra se recupera en 14 años de patente, y no en 8, el costo mundial anual sería de 70 millones de dólares.

Por último, y siempre de acuerdo lo expresado por los críticos de los datos de la PhRMA, si se tomase en cuenta que el costo de mercadeo y publicidad es superior a la inversión en

⁵⁸ Ver Holguín (nota 56).

⁵⁹ The Fortune 500, Fortune, 15.4.2002, F 26, citado por Angell (nota 57).

Decisión 486	ADPIC	TLCAN	TLCCE
- Plazo de protección de patentes: 20 años- No es posible extender los plazos de protección	- Plazo mínimo de protección de patentes: 20 años - No prevé extensión de plazos de protección por demoras injustificadas en la concesión de patentes	- Plazo mínimo de protección de patentes: 20 años desde presentación de la solicitud o 17 años desde el otorgamiento de la patente - Extensión del plazo de protección por retrasos en el procedimiento de autorización de comercialización	- No se establece plazo de protección de patentes - Extensión del plazo de protección por demoras injustificadas en la concesión (5 desde solicitud, 3 desde petición del examen) - Para productos farmacéuticos extensión del plazo para compensar procesos de autorización de comercialización (reducción injustificada)
RD-CAFTA	«Peor escenario»	Tercer Borrador del ALCA	
- No se establece plazo de protección de patentes -Extensión del plazo de protección por demoras injustificadas en la concesión de patente (5 desde solicitud, 3 desde petición del examen) -Para productos farmacéuticos extensión del plazo para compensar procesos de autorización de comercialización (reducción irrazonable)	- No se establece plazo de protección - Extensión del plazo por demoras injustificadas en la concesión (4 desde solicitud, 2 desde solicitud de examen) - Para productos farmacéuticos extensión del plazo para compensar procesos de autorización de comercialización (reducción irrazonable por autorización en el país o en otro territorio)	- Protección mínima propuesta: 20 años - Se propone extensión del plazo por demoras injustificadas en la concesión, para ajustarse al período de protección del país que dirige la concesión o para controlar mejor los mercados nacionales	

investigación y desarrollo, gasto que también es superior al de las empresas que producen los medicamentos genéricos, sería necesario aumentar la estimación de los 70 millones, posiblemente al doble, aunque no se cuenta con cifras al respecto.

Aparentemente, las cifras de los críticos llevan a resultados de un orden de magnitud similar al indicado, de cien millones de dólares anuales de costo mundial por año de patente farmacéutica.

Adicionalmente, si se divide la cifra total del costo de la investigación y desarrollo de las empresas farmacéuticas entre el número de patentes obtenidas en los años 1994-2000, se obtiene un promedio de 723 millones de dólares por año, que corrobora la estimación realizada, dentro de los grandes márgenes de error que son inevitables al utilizar información agregada.

El costo total que para los Países andinos puede representar la extensión del plazo de vigencia de las patentes para los productos fármaco-químicos, dependerá del número de patentes otorgadas en las categorías A y C de la Clasificación Internacional que hayan tenido demoras de más de cuatro años en su tramitación. Según un informe preparado por Mincetur-Indecopi, en seis años se otorgaron 584 patentes con un retraso superior a cuatro años en dichas categorías⁶⁰, es decir que cada año se debería otorgar un plazo adicional a 97 patentes del sector fármaco-químico. Suponiendo que el dato del Perú no esté lejos del promedio comunitario, y suponiendo también que el plazo promedio de la extensión de la vigencia de las patentes fuese de un año, el costo anual de aprobar la extensión del plazo propuesta por los Estados Unidos sería de 97 millones de dólares.

⁶⁰ Reporte Técnico N° 030-2004-MINCETUR/VMCE/OGEE y Documento de Discusión N° 04-2004/-Indecopi, Impacto de la aprobación del capítulo de propiedad intelectual sobre el mercado de productos farmacéuticos y agroquímicos, Lima, 2004.

Por último, si la extensión de los plazos de vigencia de las patentes no se limita a las farmacéuticas sino que cubre el total de las patentes otorgadas con retraso de más de cuatro años, el costo anual de esta extensión de plazos sería de 126 millones de dólares⁶¹.

Conviene remarcar aquí que el costo es proporcional al plazo de extensión que se otorgue en los casos de demora en otorgar la patente. Así, si el plazo promedio otorgado no fuese de un año sino de cinco, los costos serían cinco veces mayores a los indicados.

Por otra parte, un cálculo más detallado realizado sólo para Colombia, arroja resultados entre 110 y 143 millones de dólares, entre los años 2005 y 2009⁶²; valores que, proyectados a la CAN, darán un resultado superior al estimado aquí, pero de similar orden de magnitud. Otro indicador del impacto, para Colombia, es de 922,000 personas que quedarían sin acceso a los medicamentos, unos dos millones y medio para la CAN en relación a la población.

3.7 INFORMACIÓN NO DIVULGADA

3.7.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Para el registro de productos farmacéuticos y agroquímicos las autoridades sanitarias exigen normalmente la presentación de datos relacionados con la calidad, seguridad y eficacia (datos de prueba) de los productos, así como información sobre la composición física y las características químicas del producto.

Esta exigencia responde a la necesidad de demostrar la eficacia y seguridad de estos productos, toda vez que podrían generar riesgos para los potenciales usuarios (en el caso de productos farmacéuticos, especialmente, si se usan por periodos prolongados) o el medio ambiente (en el caso de productos agroquímicos). Por ello, en estos casos, las autoridades sanitarias antes de que los productos puedan ser comercializados en el país, registran o autorizan dicha comercialización.

La complejidad de los datos de prueba y la necesidad de que éstos provean de información fidedigna, hacen que los estudios duren de uno a siete años, con un promedio de tres años⁶³.

Un tema de gran importancia es el uso directo o indirecto de esos datos para el registro posterior de productos similares a los originalmente registrados. A este tipo de protección sobre los datos de prueba se le conoce, con frecuencia, con el término de «exclusividad de los datos».

⁶¹ El número total de patentes en el Perú en los seis años que van de 1998 al 2003 fue de 757, lo que da un promedio por año de 126. Dado que las patentes del sector fármaco-químico representan el 77% del número total de las patentes otorgadas, se puede aplicar los datos utilizados para dicho sector al total de patentes sin cometer un error importante, con lo cual se obtiene el costo total indicado de 126 millones de dólares.

⁶² Ver Cortés Gamba/Zerda Sarmiento/Sarmiento/De La Hoz Pinzón, Modelo prospectivo del impacto de la protección de la propiedad intelectual sobre el acceso a medicamentos en Colombia, IFARMA-OPS, Bogotá, noviembre 2004, 7, disponible en: <http://www.bogota.gov.co/bogota/galeria/INFORME%20final%20TLC.pdf>

⁶³ Raggett, GATT and Patent Reform. The Global Strengthening of Patent Protection and the Implications for the Pharmaceutical Industry. Financial Times Management Reports, Londres, 1996. Los estudios de seguridad y eficacia se realizan en diferentes etapas: i) estudios pre-clínicos, donde se prueba la nueva entidad química en animales para determinar su perfil farmacodinámico, farmacocinético, y toxicológico. Se verifica si la nueva entidad puede resultar tóxica para los seres humanos; ii) estudios clínicos que incluye tres fases: Fase I, un pequeño grupo de voluntarios recibe, por periodos breves, dosis de la nueva entidad. El objetivo principal es analizar la posible toxicidad o reacciones indeseables de la entidad, así como estudiar la biodisponibilidad y farmacocinética de la nueva entidad; Fase II, tiene un propósito similar a la Fase I, pero considerando el contexto terapéutico. Se busca determinar la eficacia de la nueva entidad; Fase III, se realizan a gran escala, con un gran número de voluntarios y por periodos prolongados. Se busca determinar la eficacia de la nueva entidad y descubrir los efectos secundarios que pudiera tener (considerando edad, género, interacción de la droga y dosis específica para distintas indicaciones). Ver Correa, Protección de los Datos Presentados para el Registro de Productos Farmacéuticos. Implementación de las Normas del Acuerdo TRIPS, 2002, 2, disponible en: <http://www.southcentre.org>.

En algunas jurisdicciones, los datos de prueba están sujetos a un sistema de protección sui generis basado en un derecho exclusivo temporal a favor del solicitante original (generalmente la empresa que desarrolló el producto nuevo). Bajo este sistema, otras empresas (por lo general, las empresas fabricantes de «genéricos») no podrán basarse en los datos presentados por el primer solicitante para registrar productos similares. Por lo tanto, la exclusividad de los datos impide, por un período determinado, que el fabricante del producto genérico comercialice sus productos, a menos que suministre a la autoridad competente sus propios datos sobre seguridad y eficacia. El objetivo de estos derechos exclusivos sería permitir a quien originó los datos para uso comercial recupere la inversión realizada para obtenerlos. La suposición implícita es que, sin tal protección, las empresas no tendrían un incentivo para soportar los costos involucrados en la producción de dichos datos⁶⁴.

En otras jurisdicciones, la autoridad sanitaria nacional puede basarse en los datos presentados por el solicitante original para examinar y aprobar solicitudes posteriores de terceros para productos similares, demostrando que los atributos fisicoquímicos son equivalentes a los del producto del primer registrante. De acuerdo con este enfoque, el registro de productos no debería constituir un impedimento a la que, en otras circunstancias, sería una competencia legítima. El registro debería más bien promover – cuanto antes - la libre competencia de precios y el acceso a medicamentos más económicos⁶⁵. Carece de sentido volver a realizar pruebas de eficiencia de compuestos, cuya eficiencia ya ha sido demostrada. Además, a diferencia del sistema de patentes, estos derechos de exclusiva no admiten una figura como la del otorgamiento de licencias obligatorias que busca un balance entre los intereses del autor de los datos de prueba y los de las empresas fabricantes de «genéricos».

Finalmente, existe un tercer grupo de países donde las autoridades sanitarias nacionales registran el producto en base a registros realizados en el extranjero para aprobar solicitudes posteriores. El objetivo de este enfoque sería similar al caso anterior.

El tema de la protección de los datos de prueba tiene especial importancia para el caso de los productos no patentados y para aquellos productos (como los biológicos) que son difíciles de patentar⁶⁶. Este tema también puede ser relevante para aquellos países que aun concediendo hoy en día patentes para productos farmacéuticos, habían excluido hasta hace poco a estos productos del campo de patentabilidad, por lo que todavía existe una gran cantidad de productos farmacéuticos que no gozan de la protección por patentes⁶⁷. Este es el caso de los Países andinos, donde el patentamiento de productos farmacéuticos es posible (recién) desde 1994⁶⁸. Por último, el tema tiene relevancia o vinculación con el tema de licencias obligatorias, donde se ha autorizado a un tercero la explotación del invento

⁶⁴ Ver Correa (nota 63), xiii.

⁶⁵ Correa (nota 63), xiv.

⁶⁶ En aquellos casos que el producto esté protegido por patentes, su titular puede, en principio, excluir cualquier tipo de competencia, mientras esté vigente la patente - período de exclusión que generalmente es más prolongado que el previsto para los derechos exclusivos de datos de prueba. Cfr. Correa (nota 63), xiv.

⁶⁷ Estos productos farmacéuticos pueden tener una protección por patente en terceros países, pero no es posible patentarlos en aquellos donde (recién) se ha introducido la protección, puesto que han perdido el requisito de novedad.

⁶⁸ Es recién con la entrada en vigencia de la Decisión 344 que se permite en los Países de la Comunidad Andina el patentamiento de productos farmacéuticos. Las Decisiones 311 y 313 si bien ya introducían esta posibilidad preveían plazos de transición para su entrada en vigencia. Un ejemplo más reciente sobre el efecto de la protección de los derechos exclusivos de los datos de prueba es el de Guatemala, donde la introducción de las patentes de productos farmacéuticos se da en noviembre del 2000, estando actualmente sin protección por patentes la mayoría de anti-retrovirales. Al haberse incluido en el RD-CAFTA derechos exclusivos de protección de los datos de prueba, las empresas fabricantes de genéricos deberán esperar cinco años para introducir sus productos en el mercado. Cabe señalar que en Guatemala el Decreto 2819 de abril del 2003 ya preveía una protección con derechos exclusivos de los datos de prueba. Sin embargo, recientemente el Congreso aprobó por mayoría la derogación de esta norma. Lo que ha motivado que un grupo de parlamentarios norteamericanos demócratas dirijan una carta al Representante Comercial de los EEUU para que el USTR deje de presionar a Guatemala para que adopte las medidas de confidencialidad. Ver la carta de fecha 26.1.2005.

(a cambio de una remuneración adecuada al titular de la patente), e importaciones paralelas (si en el país rige el agotamiento internacional y el producto con patente ha sido puesto en un mercado extranjero, pudiendo importarse y comercializarse libremente en el mercado nacional).

3.7.2 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

3.7.2.1 EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC Y LA DECISIÓN 486

En armonía con el artículo 39.3 ADPIC, la Decisión 486 en su artículo 266 protege contra su *uso comercial desleal*, la información (datos de pruebas u otros no divulgados) que se deba presentar a las autoridades competentes para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, siempre que la elaboración de esta información implique un esfuerzo considerable. Se exceptúa de esta protección los casos donde sea necesaria la divulgación para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de la información contra su uso comercial desleal. En consecuencia, para la aplicación de esta norma deberán estar presentes los siguientes requisitos:

- a) Una obligación de presentar los datos de prueba para autorizar la comercialización de productos farmacéuticos o agroquímicos
- b) La información proporcionada no debe haber estado accesible al público
- c) La información debe estar referida para la autorización de comercialización de «nuevas entidades químicas» (no se comprende nuevos usos o combinación de productos ya conocidos)
- d) La información proporcionada debe implicar un «esfuerzo considerable».

El primer párrafo del artículo 266 de la Decisión repite textualmente lo establecido en el artículo 39.3 ADPIC.

El primer supuesto para aplicar las obligaciones establecidas en la norma es que la autoridad sanitaria exija como condición para otorgar la autorización de comercialización la presentación de los datos de prueba. En consecuencia, si la autoridad no exige su presentación o tan sólo permite su presentación, no se aplica la norma.

El segundo supuesto es que se trate de información secreta. Si los datos de prueba han sido divulgados con consentimiento de su autor o por su negligencia grave (sea porque figura en Internet o en revistas científicas), la información pasa al dominio público. De acuerdo con el artículo 261 de la Decisión 486, una información no será secreta si debe ser divulgada por disposición legal o por orden judicial. Sin embargo, aquella información proporcionada a la autoridad con el objeto de obtener autorizaciones, registros, permisos, licencias, no pierde el carácter de secreta.

Con relación al tercer y cuarto supuesto, en la OMC se quiso dejar a los Países cierta flexibilidad para su incorporación. Así, no existe definición alguna sobre el alcance de los términos «nueva entidad química» (NEQ) y «esfuerzo razonable». Con relación a la NEQ no está claro si se refiere a una novedad inventiva (en el sentido de derecho de patentes) o a una novedad en la comercialización. Tampoco si se trata de una novedad nacional o internacional. Con relación al esfuerzo razonable, no se especifica qué significa el esfuerzo mencionado (económico o técnico), tampoco respecto a su cuantificación (cuándo es «considerable»).

Igualmente, no existe consenso en la OMC sobre el alcance de las obligaciones sustantivas establecidas en el artículo 39.3 ADPIC. La protección de los datos de prueba puede entenderse en dos sentidos: i) proteger la información contra su divulgación; ii) proteger la información contra su uso comercial desleal, salvo que sea necesario divulgarla para proteger al público.

Durante las negociaciones de los ADPIC algunos países propusieron que esta protección tuviera un tiempo de exclusividad (al menos cinco años)⁶⁹, sin embargo en el texto final aprobado no se incluyó expresamente la obligación de proveer un periodo de exclusividad. Así, para algunos países la obligación prevista en el mencionado párrafo del artículo 39 sólo se cumple si se otorga al autor de los datos de prueba un uso *exclusivo* de los mismos, situación que actualmente ocurre en los Estados Unidos y Europa. Para otros países, la protección prevista en el párrafo tres no requiere el reconocimiento de derechos exclusivos sino una protección basada en los principios de la competencia leal. En consecuencia, para los defensores de esta posición, una parte no puede usar los datos de prueba llevados a cabo por otra compañía como base para obtener una autorización de comercialización, si estos datos fueron adquiridos de manera desleal. Sin embargo, esta prohibición no impide que una autoridad sanitaria se base en los datos de prueba presentados por la primera compañía para autorizar posteriormente la comercialización de otras compañías en relación a similares productos. Se entiende bajo esta postura que la obligación de la autoridad sanitaria a proteger los datos, no la hace sujeto de la competencia desleal. La responsabilidad administrativa de la autoridad se limita a cautelar o sancionar un acto de competencia desleal (pero la autoridad sanitaria no es responsable por competencia desleal). Se considera, en este sentido, que la evaluación de solicitudes de particulares con el objeto de obtener el registro sanitario de un producto, conforme a la información que tiene disponible, es un acto de derecho público y no de concurrencia en el mercado, aun cuando pueda tener efectos sobre la misma.

Hasta la fecha no existe jurisprudencia de la OMC sobre este tema. No obstante, conviene indicar que los Estados Unidos iniciaron una reclamación contra Argentina por, entre otros, la aplicación del artículo 39.3 ADPIC en relación a productos farmacéuticos y agroquímicos⁷⁰. El 20 de junio del 2002 las partes notificaron al Órgano de Solución de Diferencias que habían llegado a una solución mutuamente convenida⁷¹. En esta notificación las partes reconocen que tienen interpretaciones diferentes respecto al alcance del artículo 39.3 ADPIC y que si el Órgano de Solución de Diferencias adopta en el futuro recomendaciones y regulaciones clarificando los derechos derivados del artículo 39.3 y que si la legislación argentina no está conforme a estas recomendaciones y regulaciones, Argentina se compromete a presentar en el plazo de un año un proyecto de ley ante el Congreso adaptando su legislación a esta nueva interpretación.

Durante las negociaciones de la Decisión 486 la norma del artículo 266 fue también objeto de muchas discusiones. Los Países andinos, salvo Colombia, querían adoptar un texto idéntico al artículo 39.3 ADPIC. Colombia quería reconocer derechos exclusivos por un período determinado, de forma similar al derogado artículo 79 de la Decisión 344⁷². Finalmente y luego de muchas discusiones, los Países aprobaron incluir en el primer párrafo

⁶⁹ Las propuestas provinieron de la Unión Europea (Doc. MTN.GNG/NG11/W/68 del 29.3.1990), los Estados Unidos (Doc. MTN.GNG/NG11/W/70 del 11.5.1990) y Suiza (Doc. MTN.GNG/NG11/W/73 del 14.5.1990). Un antecedente de estas propuestas puede encontrarse en el documento presentado por la industria europea, japonesa y norteamericana, ver «Statement of Views of the European, Japanese and United States Business Communities» de junio de 1988. Al respecto, cfr. Krasser, *The Protection of Trade Secrets in the TRIPs Agreement*, en: *Beier/Schricker, From GAIT to TRIPs – The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, VCH, Weinheim, 1996, 216 y ss.

⁷⁰ Ver WT/DS171/1; WT/DS196/1, disponibles en: <http://www.wto.org>.

⁷¹ Ver WT/DS171/3, WT/DS196/4, IP/D/18/Add.1, IP/D/22/Add.1, del 20.6.2000, disponible en: <http://www.wto.org>.

⁷² A falta de reglamentación interna, esta norma no tuvo ninguna aplicación práctica en Colombia.

del artículo 266 el texto del artículo 39.3. Se concede, entonces, una protección ilimitada en el tiempo, pero vinculada a un uso comercial desleal. Con el objeto de permitirle a Colombia, y en general a los otros países reforzar esta protección, se adoptó el siguiente párrafo:

«Los Países Miembros podrán tomar las medidas para garantizar la protección consagrada en este artículo».

En base a esta norma, Colombia es hasta la fecha el único País andino que ha establecido a nivel nacional derechos exclusivos sobre los datos de prueba. Dada la sensibilidad del tema en cuestión y las implicancias que estas disposiciones están teniendo en la Subregión⁷³, conviene conocer en mayor detalle el alcance de estas normas, así como la aplicación que han tenido en la práctica.

3.7.2.2 EL DECRETO 2085

Con fecha 19 de septiembre del 2002 el Gobierno colombiano expidió el Decreto 2085, que establece derechos exclusivos de cinco años (con plazos transitorios de tres y cuatro años, dependiendo de la fecha que se solicite la autorización de comercialización) para los datos de prueba que se presenten con motivo de la autorización de comercialización de NEQs de productos farmacéuticos, siempre que su elaboración haya significado un esfuerzo considerable para quien entrega la información. Se establece que existe una NEQ si antes de la solicitud de aprobación, la misma no se ha comercializado o registrado en Colombia (novedad local). Se mantiene la posibilidad de llevar a cabo procedimientos sumarios de aprobación sobre la base de estudios de bioequivalencia o biodisponibilidad.

Esta última disposición generó gran controversia. Para algunos, los estudios de bioequivalencia constituían una excepción a la protección exclusiva. Para otros, dichos estudios podían ser considerados como parte del registro sumario, una vez vencido el período de protección⁷⁴. Finalmente, los ministerios de la Protección Social y de Comercio establecieron de forma explícita que: «... la presentación de estudios de bioequivalencia o biodisponibilidad no constituyen una excepción a la protección conferida por el artículo tercero del Decreto 2085 del 2002 a la información no divulgada de los datos de prueba. Sin embargo, lo anterior no obsta para que durante el período de protección se puedan presentar estudios de bioequivalencia o biodisponibilidad, aunque su aprobación sólo produzca efectos después de vencido el período de protección. Es decir, el productor del medicamento genérico está facultado para presentar su solicitud durante el período de protección, y, en caso de ser aprobada, podría iniciar su comercialización el día siguiente a la expiración del término de protección consagrado en la norma»⁷⁵.

Desde la aprobación del Decreto 2085, el INVIMA, entidad gubernamental colombiana encargada de conceder las autorizaciones de comercialización de productos farmacéuticos, ha otorgado 18 autorizaciones para NEQ representadas en 40 diferentes medicamentos y ha denegado 16 solicitudes⁷⁶. El procedimiento de aprobación ante el INVIMA comprende tres fases de evaluación: una evaluación farmacológica, una evaluación farmacéutica y

⁷³ Se sabe que en el marco de las negociaciones del TLC con los Países andinos, Estados Unidos quiere tomar como punto de partida para la protección de datos de prueba el Decreto colombiano 2085.

⁷⁴ De forma similar que el art. 1711.6 TLCAN, cuya redacción es idéntica.

⁷⁵ Acta de la Reunión de Coordinación de los Ministros de Protección Social y de Comercio, Industria y Turismo sobre la Producción, Importación y Venta de Productos Farmacéuticos en Colombia, Bogotá D.C., 3 de marzo del 2003, citado en: Holguín, La bolsa y la vida, Bogotá, 2004, disponible en: <http://www.misionsalud.org/la-bolsa-y-la-vida-german-holguin.pdf>.

⁷⁶ Ver Cortés Gamba/Zerda Sarmiento/Sarmiento/De La Hoz Pinzón (nota 62), 14.

una evaluación legal. En la primera de ellas se determina la seguridad y eficacia del uso del producto en cuestión. Para evaluar si la elaboración de los datos de prueba han significado un esfuerzo considerable, se solicita al interesado una declaración del tiempo y dinero invertidos. Se presume que esta declaración es válida. Después de estas tres etapas de análisis, se aprueba la autorización de comercialización. A partir de esta fecha comienza a correr el tiempo de protección exclusiva de los datos de prueba. Por lo general, un procedimiento de aprobación tarda nueve meses; si toda la información está completa desde sus inicios puede inclusive darse una aprobación en uno a tres meses. Estos plazos son para los casos en que la solicitud de aprobación viene acompañada de una aprobación de la misma entidad química en otros países (países referenciales), situación que se presenta la mayoría de las veces. Si la solicitud no fuera acompañada de una aprobación en países referenciales el procedimiento podría tardar de tres a cuatro años. La primera fase de evaluación sería mucho más rigurosa. Si el producto farmacéutico ya se encuentra registrado en Colombia, es posible solicitar la aprobación de la nueva entidad química a través de un procedimiento sumario. En este caso, el tiempo de aprobación será menor a dos meses. La solicitud de aprobación la otorga el Director General del INVIMA en base a la recomendación que la Comisión Revisora le presenta. Si la parte no se encuentra satisfecha con la decisión adoptada, puede interponer un recurso de reposición ante el mismo Director General o una demanda de nulidad ante el Consejo de Estado.

La Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas (ASINFAR) presentó en el 2002 una solicitud de incumplimiento ante la Secretaría General de la Comunidad Andina alegando que el Decreto 2085 viola el artículo 266 de la Decisión 486.

Con fecha 14 de abril del 2004, la Secretaría General de la Comunidad Andina expidió la Resolución 817 que resuelve la demanda presentada contra el Decreto 2085⁷⁷. Se reconoce en esta Resolución la facultad expresa que tienen los Países Miembros para adoptar medidas de aseguramiento de la protección consagrada en el artículo 266. Sin embargo, no se autoriza a modificar los términos de dicha protección. Al no haberse definido el término «medidas», considera la Secretaría General, que queda al arbitrio del País miembro decidir el tipo de vehículo o instrumento que utilizará para garantizar tal protección. Acto seguido, la Secretaría pasa a analizar los alcances del artículo 266. En primer lugar, es de la opinión que la norma establece una obligación de tutela para el Estado, quien incurriría en responsabilidad administrativa cuando conociendo de la comisión de un acto de competencia desleal por parte de un tercero con relación al dato de prueba, no lo sanciona. En segundo lugar, analiza los conceptos de «nueva entidad química», «datos de prueba u otros datos», «datos no divulgados», «esfuerzo razonable». Considera -en términos generales- que en el contexto de la Decisión 486 estos conceptos deben ser interpretados de manera muy amplia y flexible, por lo que concluye que el Decreto 2085 no ha incurrido en ningún incumplimiento de las obligaciones comunitarias, al regular que la NEQ es la que figura en la farmacopea colombiana, al sólo regular a los datos de prueba relativos a la NEQ farmacéutica (y no los otros datos relativos, por ejemplo, a información sobre el proceso de manufactura, empaque o en general cualquier otra información no vinculada a pruebas), al simplemente establecer que se debe tratar de información no divulgada (sin especificar que ésta debe cumplir con los requisitos establecidos en la misma Decisión para el secreto empresarial), al no establecer expresamente ningún tipo de demostración del esfuerzo razonable.

3.7.2.3 EL DECRETO 502, EL DECRETO 3759, LA LEY 822

Con fecha 5 de marzo del 2003, el Gobierno colombiano expidió el Decreto 502, Reglamento de la Decisión 436 del 11 de junio de 1998, que regula el registro y control de

⁷⁷ Disponible en: http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r817sg.htm#_ftn11.

plaguicidas químicos de uso agrícola. Dicho Decreto establece, de manera similar que el Decreto 2085, derechos exclusivos sobre los datos de prueba que se presenten -esta vez- con ocasión de las nuevas entidades químicas de plaguicidas químicos de uso agrícola. Los plazos de protección son iguales a los del Decreto 2085 (cinco años, con plazos de transición de tres y cuatro años), sin embargo, no puede apreciarse del texto la posibilidad de realizar procedimientos sumarios de aprobación.

La autorización de comercialización de plaguicidas químicos de uso agrícola debe solicitarse ante el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA). Desde la dación del Decreto 502 hasta fines del 2003 no se había presentado ninguna solicitud de aprobación de una NEQ. Por lo demás, desde la creación del ICA (aproximadamente 40 años) sólo se ha tenido un caso de aprobación de una NEQ.

Los requisitos del registro y control de plaguicidas químicos de uso agrícola fueron regulados en la Resolución 770 del 27 de marzo del 2003, posteriormente derogada por Resolución 3759 de 16 de diciembre de 2003. De acuerdo con esta última Resolución el plazo para otorgar una autorización de comercialización de NEQs es de 110 días hábiles (artículo 22.1). Sin embargo, aun no se tiene experiencia sobre los criterios a aplicar en estos procedimientos de aprobación. Con relación al procedimiento que se sigue para aprobar entidades químicas ya conocidas, el plazo es de 75 días hábiles (artículo 22.2). Sin embargo, en la práctica se están otorgando autorizaciones de comercialización en uno a dos meses. Contra la resolución que se otorgue es posible recurrir vía una demanda de nulidad ante el Consejo de Estado. En ambos casos puede distinguirse tres etapas de aprobación: la realización de un examen agronómico (a cargo del ICA), un examen técnico (a cargo del Ministerio de Protección Social) y un examen ambiental (a cargo del Ministerio del Medio Ambiente). Estos tres exámenes se hacen de forma paralela. Con los tres informes se procede a la aprobación de comercialización.

Algunos sectores cuestionaron la conformidad de la Resolución 770 y posteriormente la Resolución 3759 con la Decisión 436 y la Resolución 630 de la Comunidad Andina, esta última norma aprueba el Manual Técnico Andino para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola. Estas vez fueron las empresas multinacionales las que plantearon la denuncia.

De acuerdo con los artículos 56 y 57 de la Decisión, la información contenida en los expedientes de los Registros Nacionales de plaguicidas químicos de uso agrícola, es pública. Sin embargo, la Autoridad Nacional Competente (es decir, el ICA) se abstendrá de divulgar las informaciones recibidas, cuando la persona natural o jurídica que haya suministrado tales informaciones hubiere solicitado su tratamiento confidencial. En el Manual Técnico en la Sección 2 B, 1.4 se dispone que la Autoridad Nacional Competente solicitará la autorización del fabricante cuando se trate de nuevas entidades químicas, a efectos de proteger la información suministrada contra su divulgación o su uso comercial desleal, de conformidad con el artículo 266 de la Decisión 486. Ahora bien, el artículo 16 de la Resolución 3759 sobre los requisitos para el registro de un plaguicida químico de uso agrícola formulado con base en un ingrediente activo no registrado con anterioridad en el país, establece en la parte B.1 que es necesario presentar la autorización del titular original para el uso de información no divulgada, no siendo necesaria su presentación cuando el titular ha autorizado su uso, cuando sea necesario para el interés público, cuando no se haya comercializado el producto agroquímico un año después de haberse otorgado el registro o cuando el solicitante presente directamente el protocolo de prueba.

Con fecha 10 de julio del 2003, se expidió adicionalmente la Ley 822 que regula el procedimiento de registro de agroquímicos genéricos. La Ley contiene por primera vez una serie de definiciones. Se entiende bajo producto agroquímico genérico aquél cuya patente ha vencido o por cualquier otro motivo el producto o sustancia química se encuentra en el dominio público (artículos 3.2, 3.3). Así, el concepto de producto genérico es utilizado en los mismos términos que en propiedad intelectual. También se definen los conceptos de «esfuerzo considerable» e «información no divulgada» (artículo 3.11). El esfuerzo se mide en función de términos económicos y no desde el punto de vista técnico o científico. Se considera que el esfuerzo es considerable, si el costo invertido es «sustancialmente alto» en el mercado colombiano. De otro lado, se entiende que una información no ha sido divulgada si su propietario ha tomado las medidas necesarias para que no sea fácilmente accesible en los círculos correspondientes. Probablemente estas definiciones serán tomadas en cuenta por el ICA para la aplicación del Decreto 502 y la Resolución 3759. Aunque se reconoce el esfuerzo del legislador por aclarar una serie de conceptos, muchos de ellos han sido realizados a través de términos igualmente vagos (costo sustancialmente alto), por lo que será a través de su aplicación en casos concretos que irá perfilándose el contorno de los mismos.

El primer problema que puede encontrarse en la Ley 822 es que no se ha definido claramente su ámbito de aplicación. Por una parte, el título de la misma, su primer y tercer artículo punto 3 (3.3) están referidos a los productos agroquímicos genéricos, mientras que en el artículo 3.4 se hace referencia a los plaguicidas genéricos de uso agrícola. Igualmente, en el artículo 4 sobre el procedimiento de registro se habla, de un lado, de los productos agroquímicos y, de otro lado, se hace referencia a la Decisión 436 que en realidad sólo regula el registro de parte (aunque muy importante) de estos productos (plaguicidas de uso agrícola). De otro lado, esta norma en parte se superpone con el Decreto 502 y la Resolución 3759 (plaguicidas químicos de uso agrícola y que sean genéricos).

Un segundo problema que salta a la vista es que en la Ley no se menciona si siempre será necesario presentar datos de prueba para obtener la autorización de comercialización de los productos agroquímicos genéricos. Aparentemente, ello sólo será necesario con ocasión de la aprobación de productos que contengan NEQ, es decir, productos formulados en base a un ingrediente activo sin registro anterior en Colombia. Situación diferente se presenta en relación a la aprobación de productos agroquímicos formulados con base en un ingrediente activo con registro anterior en el país. En este segundo caso, el ICA puede tomar en cuenta la información (ya) utilizada para realizar el examen toxicológico previo (artículo 4).

En tercer lugar, tampoco queda claro el tipo de protección que se le dará a la información que se proporcione con ocasión de la autorización de comercialización de los productos agroquímicos genéricos, ni siquiera aquellos que cuenten con un ingrediente activo no registrado anteriormente en el país. Una posible interpretación sería considerar que se otorgarán derechos exclusivos sobre los datos de prueba presentados con ocasión de la autorización de comercialización de plaguicidas genéricos de uso agrícola que cuenten con una NEQ (Decreto 502), para los otros tipos de productos agroquímicos no queda muy claro el tipo de protección que merecerán dichos datos de prueba. Sin embargo, como se ha indicado en el párrafo anterior, en la medida que aparentemente sólo es necesario presentar datos de prueba para los casos de NEQs, pudiendo el ICA utilizar en los otros casos (productos agroquímicos con entidades químicas ya registradas en Colombia) la información contenida en el registro previo, otra posible interpretación sería concluir que la Ley 822 no otorga derechos exclusivos a los datos de prueba presentados con ocasión de la aprobación de autorización de comercialización.

Con relación al plazo para conceder la autorización de comercialización, la Ley distingue entre los productos que cuentan con una NEQ y aquellos cuya entidad química ya se encuentra registrada. Para el primer caso, el plazo para pronunciarse sobre la autorización de comercialización no debe exceder los 110 días, en el segundo caso, los 60 días. Al igual que la Resolución 3759 para expedir una autorización de comercialización en el primer caso, el ICA debe contar con las opiniones favorables del Ministerio de Protección Social y del Ministerio de Medio Ambiente.

La Secretaría General ha expedido las Resoluciones 798 del 16 de febrero del 2002, confirmada por Resolución 830 del 31 de mayo del 2004, así como la Resolución 843 del 2 de agosto del 2004, confirmada por Resolución 865 del 21 de octubre del 2004⁷⁸, en la cual se declara que el Decreto 502, la Resolución 770 así como la Resolución 3759 contravienen la Decisión 436 y la Resolución 630 al introducir una serie de requisitos no previstos en la normativa andina. Por su parte, la Resolución 798 consideró que la Ley 822 regulaba el tema de agroquímicos genéricos de manera más específica que la Decisión 436 y la Resolución 630, por lo que no resultaba contraria a la normativa andina. Para adecuarse a la normativa andina, recientemente el ICA ha publicado la Resolución 026 del 6 de enero de 2005 modificando todas aquellas disposiciones de la Resolución 3759 que a juicio de la Secretaría General violan la Decisión 436 y el Manual Técnico aprobado por Resolución 630.

3.7.2.4 EL TLCAN

En el TLCAN se protegen los datos de prueba que deban presentarse con motivo de la autorización de comercialización de productos farmacéuticos o de productos agroquímicos que utilicen nuevos componentes químicos contra su divulgación, siempre que la generación de tales datos haya implicado un esfuerzo considerable (artículo 1711.5). A partir de la entrada en vigor del Tratado, las Partes deberán proteger estos datos de prueba durante un «período razonable» después de su presentación. Se entiende por «período razonable» un lapso no menor de cinco años a partir de la fecha en que se haya concedido la autorización de comercialización. En todo caso, deberá tomarse en cuenta para la fijación del plazo de los derechos exclusivos la naturaleza de los datos y los esfuerzos y gastos invertidos para generarlos. Finalmente, se permite expresamente llevar a cabo procedimientos sumarios de aprobación sobre la base de estudios de bioequivalencia o biodisponibilidad (artículo 1711.6).

3.7.2.5 EL TLCCE

En el TLCCE -a diferencia del Acuerdo sobre los ADPIC y el TLCAN- se disocia la protección de los datos de prueba de la figura del secreto empresarial o industrial. El artículo 17.10 otorga derechos exclusivos a los datos de prueba que deban presentarse para obtener la autorización de comercialización de productos farmacéuticos o agroquímicos que contengan una NEQ. El plazo de protección no puede ser menor a cinco años para el caso de productos farmacéuticos, y de diez años para el caso de productos agroquímicos. En ambos casos el plazo empieza a correr desde la fecha de aprobación. No se exige como requisito para la concesión de estos derechos exclusivos que la elaboración de los datos de prueba haya implicado un esfuerzo considerable, no se prevé una excepción a la protección de la información proporcionada, ni se autoriza expresamente llevar a cabo procedimientos sumarios de aprobación en base a estudios de bioequivalencia o biodisponibilidad.

⁷⁸ Todas disponibles en <http://www.comunidadandina.org/normativa>.

3.7.2.6 EL RD-CAFTA

El RD-CAFTA va un paso más adelante. No sólo se protegen con derechos exclusivos los datos de prueba requeridos en el territorio para otorgar la autorización de comercialización del nuevo producto farmacéutico o agroquímico (ya no referido a la NEQ), sino también si se permite la aprobación de comercialización en base a la aprobación de comercialización previamente obtenida en otro territorio, se protegerá la información sobre seguridad y eficacia presentada previamente en el otro territorio así como la autorización de comercialización obtenida previamente en el otro territorio. En ambos casos, los plazos de protección son de cinco y diez años, según se trate de productos farmacéuticos o agroquímicos, respectivamente, contados a partir de la fecha de la autorización de comercialización en el otro territorio. Para otorgar esta última protección se permite a las Partes requerir al solicitante que presente su autorización de comercialización dentro del plazo de cinco años de obtenida la autorización de comercialización en el otro territorio. Durante este tiempo, la información entregada a las autoridades sanitarias de otros países disfruta de protección y las autoridades de los países del RD-CAFTA están vinculados por una obligación de confidencialidad. En otras palabras, durante este plazo ninguna empresa genérica podrá entrar al mercado, aun cuando la empresa farmacéutica aun no haya venido al país. Se introduce el término de «producto nuevo» en vez de NEQ y no se exige como condición para otorgar derechos exclusivos que la elaboración de los datos haya implicado un esfuerzo razonable.

3.7.2.7 ALCA

En las propuestas recogidas en el Tercer Borrador de Texto del ALCA se otorgarían derechos exclusivos a esa información por un mínimo de cinco años (Subsección B.2.j., artículo 1), «Protección de la información no divulgada»). También se comprenden los casos de presentación de la información en otros países. La protección no se limita a NEQ ni a «nuevos productos», pudiéndose aplicar a variaciones de productos ya conocidos. La elaboración de la información no necesariamente debe haber involucrado un esfuerzo considerable. Finalmente, el artículo 1.4 (c) requeriría que una Parte extienda el plazo de la patente de un producto para igualar la extensión de la patente del mismo producto en otro país.

3.7.3 PROPUESTAS DE LOS PAÍSES EN EL MARCO DE LAS NEGOCIACIONES DEL TLC EEUU-PAÍSES ANDINOS

La propuesta presentada por los Estados Unidos será probablemente muy ambiciosa y buscará otorgar una protección más extensa de lo ya alcanzado en los recientes TLCs. Ello será así, si en primer lugar, se pide derechos exclusivos de cinco y diez años para los datos de prueba requeridos o permitidos presentar para aprobar la comercialización de un nuevo producto farmacéutico o agroquímico, respectivamente. En segundo lugar, si se piden derechos exclusivos para los casos en que se requiera o permita presentar evidencia sobre la seguridad y eficacia de un producto previamente aprobado en otro territorio por un período de cinco y diez años desde la fecha de aprobación de comercialización. En tercer lugar, si se piden derechos exclusivos de tres años para la nueva información clínica requerida o permitida para la aprobación de comercialización de un producto farmacéutico que incluye una entidad química previamente aprobada para su comercialización en otro producto farmacéutico. En cuarto lugar, si se solicitan derechos exclusivos de tres años para la nueva información clínica presentada en otro territorio respecto a la comercialización de productos señalados en el supuesto anterior. En quinto lugar, si se piden derechos exclusivos de diez años para los nuevos usos de productos agroquímicos que han sido previamente aprobados. En sexto lugar, si se solicitan derechos exclusivos para la información presentada en otro territorio para nuevos usos de productos químicos que han sido previamente aprobados en el territorio. En séptimo lugar, si se incluye disposiciones relativas a la vigencia de los derechos de exclusiva, independientemente que el plazo de vigencia de la patente haya expirado, así como la implementación de medidas para evitar que se otorguen

autorizaciones de comercialización para productos protegidos por patente, si no se cuenta con el consentimiento del titular de la patente.

Los Países andinos han propuesto un texto similar al artículo 39.3 ADPIC (artículo 266 primera parte de la Decisión 486) aclarando qué se entiende por «nueva entidad química» (novedad mundial), «datos no divulgados» (datos de ensayo que demuestren la eficacia y seguridad de la entidad química), «esfuerzos razonables» (cada Parte lo establecerá a nivel nacional).

3.7.4 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LAS PROPUESTAS

La protección de datos de prueba mediante derechos de exclusiva retrasa, por un tiempo determinado, la entrada de competidores genéricos con medicamentos no patentados. Existe un interés público de limitar la protección de los datos y promover la competencia. Los competidores genéricos disminuyen el precio de los medicamentos promoviendo un mayor acceso a los medicamentos.

El artículo 39.3 ADPIC exige que se otorgue una protección a los datos de prueba solamente bajo ciertas condiciones. La norma en cuestión deja un margen de maniobra para que los Países miembros interpreten lo que entienden bajo «nueva entidad química», pudiendo excluir solicitudes sobre segundas indicaciones, formulaciones y formas de dosificación. Asimismo, se puede solicitar que la protección sea el resultado de una inversión significativa.

Los Países tienen también libertad para definir el concepto de «deslealtad» en el contexto de sus leyes nacionales. De acuerdo con las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos y Canadá autorizar la comercialización de un segundo registrante basándose en la similitud del segundo producto con un primer producto ya registrado, no es un «uso» desleal⁷⁹.

En los recientes TLCs se otorga una protección que va más allá de lo dispuesto en el Acuerdo sobre los ADPIC. Se brinda protección a la información no divulgada remitida a las autoridades sanitarias de los países involucrados, y en el RD-CAFTA se ha ampliado inclusive a la información sobre pruebas remitida a las autoridades sanitarias de otros países. De esta manera se impide a las empresas de genéricos utilizar la información empleada por el producto original. La definición que se ha incluido en el Decreto colombiano 2085 así como en el RD-CAFTA de NEQ y «producto nuevo» permite registrar en los Países andinos como nuevos, al hacerlo por primera vez en estos países, y sujetos a protección, productos conocidos hace mucho tiempo en otras partes del mundo.

Esta protección exclusiva de cinco y diez años – según se trate de productos farmacéuticos o agroquímicos – implica que aun cuando se otorgue una licencia obligatoria o se permitan las importaciones paralelas, las compañías productoras de genéricos no estarían en capacidad de proveer el mercado, a menos que repitieran para su producto las pruebas de seguridad y eficacia que consumen tiempo y dinero. Por el tamaño del mercado de los Países andinos es probable que la mayoría de empresas prefieran no entrar al mercado en vez de repetir las pruebas. Y ante una situación de emergencia, sería imposible repetir las pruebas debido a las limitaciones de tiempo⁸⁰.

⁷⁹ Ver Correa (nota 63), x.

⁸⁰ Cfr. Boza/Saavedra, Ensayo sobre Protección de Datos de Pruebas. Análisis y Propuestas, Trabajo presentado en el marco de Inventiones II de la Maestría sobre Derecho de Propiedad Intelectual y Defensa de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, enero 2005, 29.

3.7.5 ANÁLISIS ECONÓMICO

A la sociedad le conviene que se protejan los datos de prueba para que las empresas oferten nuevos productos sin temor a que sus datos sean utilizados de manera deshonesto por los competidores, pero a la sociedad también le interesa promover la competencia para reducir los precios de los productos y facilitar el acceso a ellos a la mayoría de la población, es decir, evitar que la protección a los datos de prueba retrase o se convierta en una barrera al ingreso de los competidores al mercado.

En Colombia, como se ha visto, se optó por otorgar derechos exclusivos sobre los datos de prueba utilizados para obtener la autorización de comercialización de productos farmacéuticos y agroquímicos.

En este escenario se pone a la empresa en la disyuntiva de:

Decisión 486	ADPIC	TLCAN	TLCCE
<ul style="list-style-type: none"> - Se protegen los datos de prueba contra su uso comercial desleal; siempre que su elaboración haya implicado esfuerzo considerable - No se prevé plazo de protección exclusiva - Excepción a la divulgación: i) para proteger al público; ii) se toman las medidas necesarias para impedir su uso comercial desleal - Se permite a los Países miembros tomar medidas necesarias para garantizar la protección -Aprobación en Colombia de los Decretos 2085 y 502 que prevén plazos de protección de cinco años para datos de prueba presentados para la aprobación de comercialización de productos farmacéuticos y plaguicidas químicos de uso agrícola - El Decreto 2085 permite llevar a cabo procedimientos sumarios - La Resolución 817 de la Secretaría General declaró la conformidad del Decreto 2085 con la normativa andina - La Resolución 830 de la Secretaría General (confirmando la Resolución 798) declaró que el Decreto 502 y la Resolución 770 violaban el ordenamiento jurídico andino - Con la aprobación de la Ley 822 sobre registros de productos agroquímicos genéricos no queda claro si los derechos de exclusividad previstos en el Decreto 502 siguen vigentes. 	<ul style="list-style-type: none"> - Se protegen los datos de prueba contra su uso comercial desleal - Necesario que elaboración de los datos haya implicado esfuerzo considerable - No se prevé plazo de protección exclusiva - Excepción a la divulgación: i) para proteger al público; ii) se tomen las medidas necesarias para impedir su uso comercial desleal 	<ul style="list-style-type: none"> - Se protegen los datos de prueba. Se permiten excepciones - Necesario que elaboración de los datos haya implicado esfuerzo considerable - A partir de entrada en vigor del Tratado, plazo mínimo de protección: cinco años - Se permiten procesos sumarios de aprobación 	<ul style="list-style-type: none"> - Se protegen con derechos exclusivos los datos de prueba - Plazos mínimos de protección: i) cinco años para productos farmacéuticos; ii) diez años para productos agroquímicos - Protección de NEQ- No se permiten excepciones - No se exige que elaboración de datos haya implicado esfuerzo considerable

RD-CAFTA	«Peor escenario»	Tercer Borrador ALCA	
<p>- Se protegen con derechos exclusivos los datos de prueba que deban presentarse para obtener autorización de comercialización</p> <p>- Plazos mínimos de protección: i) cinco años para productos farmacéuticos; ii) diez años para productos agroquímicos</p> <p>- Si se permite presentar la autorización de comercialización presentada previamente en otro país, se protege esta autorización así como la información presentada previamente en otro país para obtener una autorización de comercialización por: i) cinco años para farmacéuticos; ii) 10 años para agroquímicos</p> <p>- Las Partes pueden exigir para dar esta segunda protección que la solicitud se presente dentro de los cinco años siguientes a la obtención de la autorización en el otro país</p> <p>- Se introduce el concepto de «producto nuevo» (aquel que contenga una entidad química no registrada en el país)- No se exige que la elaboración de los datos haya implicado un esfuerzo considerable</p>	<p>- Se protegen con derechos exclusivos los datos de prueba</p> <p>- Se extiende la protección a los casos en los que se permite presentar autorización de comercialización obtenida previamente en otro territorio</p> <p>- Se obliga a proteger datos de prueba presentados con ocasión de nuevos usos</p> <p>- Se protege durante un plazo determinado los datos de prueba presentados en otro país (cuando aún no han sido presentados en el territorio del país)</p> <p>- Protección no se limita para NEQ (novedad internacional), ni para aquella información obtenida producto del esfuerzo considerable</p>	<p>- Se protegen con derechos exclusivos los datos de prueba</p> <p>- Se extiende la protección a los casos en los que se permite presentar autorización de comercialización obtenida previamente en otro territorio</p> <p>- Plazo mínimo de protección: cinco años</p> <p>- No se permiten excepciones- No se exige que elaboración de datos haya implicado esfuerzo considerable</p> <p>- Protección para productos nuevos</p>	

- Esperar que venza el plazo del derecho exclusivo para ingresar al mercado, con lo cual no se favorece la competencia y los consumidores asumen un costo social igual a la diferencia entre el precio vigente y el competitivo, hasta el vencimiento del plazo fijado.
- Repetir las pruebas realizadas, con lo cual hay siempre un retraso en su ingreso al mercado y, además, éste se encarece innecesariamente. Conviene recordar aquí que la medida se adopta para proteger la inversión de las empresas que incurrieron en gastos significativos al obtener los datos, pero con la solución dada, por ejemplo, en Colombia se corre el riesgo de que otras empresas se vean obligadas a incurrir en los mismos gastos para ingresar al mercado, con lo cual el remedio puede resultar peor que la enfermedad.

Todo indica que en ambos casos el resultado será más costoso para la sociedad que la inversión que se quiere proteger, por lo que no se debe crear una norma que otorgue derechos exclusivos sobre los datos de prueba. Es preciso aplicar una solución que tenga en cuenta los intereses de las partes, no los de sólo una de ellas, para lo cual conviene que la autoridad responsable de la regulación de la competencia recoja las opiniones de todas ellas y elabore una norma beneficiosa para la sociedad.

Un precedente a citar es la regulación en el Perú de la interconexión entre empresas de telecomunicaciones, en que las partes están obligadas a firmar un contrato y, si no se ponen de acuerdo, OSIPTEL lo impone. Una fórmula de este tipo, permitiría el ingreso inmediato de la competencia, de particular importancia en un mercado tan sensible como el farmacéutico, asegurando una retribución justa a la empresa líder.

De aceptarse la propuesta de los Estados Unidos, el costo para los Países andinos depende de la opción que elija la competencia potencial:

- Si la empresa que intenta entrar al mercado decide esperar que se venza el plazo otorgado, el costo sería similar al originado por la extensión de los plazos de las patentes, es decir, del orden de un millón de dólares anuales por producto, y el costo total dependerá del número de casos que se presenten. En el Perú se presentaron 14 casos de productos farmacéuticos en seis años⁸¹ por lo que, suponiendo que este dato no está lejos del promedio comunitario, el costo anual de otorgar una protección de cinco años a los datos de prueba sería del orden de 12 millones de dólares anuales. Para los agroquímicos existe una protección de los datos de prueba desde el año 2000, en que entró en vigencia la Decisión 436, que debió tener un costo social importante pues el promedio del número de moléculas registradas ante el SENASA del Perú se redujo de 111 a 6 entre los cuatro años anteriores y posteriores a dicho año⁸².
- Si la empresa decide repetir las pruebas, siempre hay una demora en el ingreso al mercado, lo cual le costará un millón de dólares anuales a la población andina. El costo total dependerá del tiempo que tome la nueva aprobación y del número de casos que se presenten, además del costo de repetir las pruebas, que duplica el costo social de la primera solicitud. Si el tiempo que tomara la nueva aprobación no es mucho menor a los cinco años, el costo social será del mismo orden de magnitud que el estimado para la opción anterior, con la posibilidad de que sea aún mayor, ya que aquí se suma el costo de repetir las mismas pruebas. Por otra parte, se supone que las empresas elegirían esta opción cuando el costo de las pruebas sea reducido, pero estos casos se excluyen de la norma, de modo que aunque el plazo para la nueva aprobación (y el costo social respectivo) sea reducido, es probable que al sumarle el costo relativamente elevado de las nuevas pruebas (de acuerdo al nivel que fije la norma) haga que el costo social total sea también elevado. En consecuencia, todo parece indicar que el costo social, en esta opción, será cercano a los 12 millones estimados para la opción anterior.

3.8 VINCULACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE COMERCIALIZACIÓN CON LA PATENTE

3.8.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Durante mucho tiempo la industria farmacéutica ha venido solicitando que se vincule el registro de medicamentos a la existencia de patentes farmacéuticas. Esta vinculación busca impedir que la autoridad sanitaria conceda un registro a una versión genérica de un medicamento, cuando exista una patente de un tercero sobre el producto.

⁸¹ Ver el Reporte Técnico y el Documento de Discusión citados en la nota 60.

⁸² Ver el Reporte Técnico y el Documento de Discusión citados en la nota 60, 20.

3.8.2 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

3.8.2.1 EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

No existe una disposición que impida el otorgamiento de una autorización de comercialización por el hecho de que el producto que se ha solicitado infrinja una patente.

En el Preámbulo del Acuerdo ADPIC se establece que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados.

3.8.2.2 LA DECISIÓN 486

No existe una disposición que impida el otorgamiento de una autorización de comercialización por el hecho de que el producto que se ha solicitado infrinja una patente.

3.8.2.3 EL TLCAN

No se regula ninguna vinculación entre la concesión de una autorización de comercialización y la existencia de una patente.

3.8.2.4 EL TLCCE

Se exige la vinculación de la patente con el registro sanitario. Se impide, de esta manera, que las autoridades sanitarias otorguen – durante el período de vigencia de la patente – la autorización de comercialización a productos farmacéuticos protegidos por patente, a menos que se obtenga el consentimiento del titular de la patente.

3.8.2.5 EL RD-CAFTA

Se impone aquí también la obligación de vincular la patente con el registro sanitario, prohibiéndose a las autoridades sanitarias otorgar – durante el período de vigencia de la patente – la autorización de comercialización a compañías fabricantes de genéricos, a menos que se obtenga el consentimiento del titular de la patente.

La vinculación no se limita a los casos donde el producto farmacéutico que se solicita comercializar esté referido al producto o a sus usos patentados ni que la conexión se aplique sólo con respecto a patentes que contengan un principio activo.

3.8.2.6 ALCA

Se propone la vinculación entre patentes y registro sanitario. Se impide así que se otorguen autorizaciones de comercialización a empresas fabricantes de genéricos que utilizan las pruebas de los productos originales durante todo el período de vigencia de la patente, a menos que se cuente con el consentimiento del titular (artículo 1.4).

3.8.3 PROPUESTAS DE LOS PAÍSES EN EL MARCO DE LAS NEGOCIACIONES DEL TLC EEUU-PAÍSES ANDINOS

Es posible contar que la propuesta de EEUU – como ha sucedido en los recientes TLCs – prevea que la autoridad sanitaria está impedida de aprobar la comercialización de un producto farmacéutico que esté protegido por patente. Inclusive es posible que se solicite extender esta prohibición cuando exista una patente sobre los usos del producto. Finalmente,

puede que se prevea una notificación al titular de la patente sobre la identidad de la persona que está solicitando la autorización de comercialización.

3.8.4 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LAS PROPUESTAS

La obligación que se impone a las autoridades sanitarias de no otorgar una autorización de comercialización si el producto goza de patente y no se cuenta con el consentimiento del titular de la patente, implica otorgarle a la autoridad sanitaria funciones que no le corresponden. La concesión de una patente es una función diferente e independiente del registro sanitario o autorización de comercialización. La autoridad sanitaria evalúa un producto desde el punto de vista sanitario y lo autoriza de acuerdo a estos criterios. No le corresponde negar u otorgar un registro sanitario sobre la base de la existencia o no de una patente sobre el producto. Los reclamos – en caso que alguien obtenga una autorización de comercialización de un producto patentado – corresponde hacerlo al titular de la patente y no es una función de la autoridad sanitaria. De esta manera el Estado asume directamente la defensa de los derechos de los titulares de patentes. Esta norma desconoce la disposición del Preámbulo del Acuerdo ADPIC que establece que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados, cuyo ejercicio y defensa son responsabilidad exclusiva de su titular⁸³.

Además, la vinculación autorización de comercialización-patente no se limita para los casos donde se solicite la comercialización del producto tal como está patentado, ni que la conexión se aplique sólo con respecto a las patentes que amparan a un principio activo⁸⁴. En consecuencia, esta vinculación puede aplicarse también a patentes secundarias e impedirse por mucho tiempo el registro de productos, cuyos principios activos ya están en el dominio público.

3.8.5 ANÁLISIS ECONÓMICO

Las autoridades de salud de los países andinos incurrirían en costos administrativos y de infraestructura para asumir el rol de proteger la propiedad intelectual de los titulares de las patentes, pero más que de un problema de costos se trata aquí de la ineficiencia de la medida propuesta.

En efecto, es un principio básico de la economía de mercado que son los agentes privados los que actúan de acuerdo a sus intereses y el Estado sólo interviene cuando se presenta una falla del mercado o en busca de la equidad, pero en este caso no parece que exista falla alguna ni que la aguda pobreza de algún agente obligue a la intervención estatal que se pretende. La propuesta es particularmente chocante por dos razones:

- Se trata de países en que los recursos públicos no alcanzan para cubrir las necesidades básicas de la mayoría de la población y, sin embargo, se pretende que el Estado destine parte de sus limitados recursos a cubrir los gastos de empresas de alta tecnología.
- Proviene de un país considerado como el más grande promotor de la economía de mercado y enemigo del intervencionismo estatal.

⁸³ Correa, Mal negocio de Chile con Estados Unidos, en: *Le Monde diplomatique*, marzo 2004.

⁸⁴ Como es, por ejemplo, el caso de México, donde se limita la vinculación a los casos donde la patente verse sobre la misma sustancia activa o ingrediente activo. Ver Decreto del 19.9.2003. El Decreto establece que la autoridad sanitaria (COFEPRIS), con la cooperación de la oficina de patentes (Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), deberá verificar que el solicitante de registro de un medicamento es el titular o cuenta con autorización para usar la patente correspondiente a dicho producto. Si el solicitante no cuenta con tales derechos, la solicitud deberá ser desechada. Si bien la reforma no niega la posibilidad de solicitar el registro de genéricos sobre medicamentos patentados, el registro sanitario correspondiente sólo se otorgará al concluir la vigencia de la patente.

3.9 LICENCIAS OBLIGATORIAS

3.9.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Decisión 486	ADPIC	TLCAN	TLCCE
No existen disposiciones de vinculación de patentes con otorgamiento de autorizaciones de comercialización	- No existen disposiciones de vinculación de patentes con otorgamiento de autorizaciones de comercialización - Derechos de propiedad intelectual son derechos privados	No existen disposiciones de vinculación de patentes con otorgamiento de autorizaciones de comercialización	Vinculación de patentes con el otorgamiento de las autorizaciones de comercialización
RD-CAFTA	«Peor escenario»	Tercer Borrador ALCA	
- Vinculación de patentes con el otorgamiento de las autorizaciones de comercialización - No se limita a producto tal como está patentado ni que vinculación se limite a patentes que contengan un principio activo	Vinculación de patentes con las autorizaciones de comercialización	Durante vigencia de la patente no se puede otorgar autorización de comercialización sin consentimiento del titular de la patente	

Las licencias obligatorias son una antigua institución del régimen de patentes y uno de los principales instrumentos para evitar el ejercicio monopólico de los derechos conferidos por aquéllas⁸⁵

La concesión de tales licencias implica la autorización por parte de una autoridad administrativa o judicial a una persona distinta del titular para permitir el uso de una invención, a cambio de una compensación económica determinada por la autoridad o por arbitraje (como el caso de Corea del Sur), si las partes no se ponen de acuerdo.

Las licencias obligatorias pueden solucionar situaciones de abuso u otros fines de interés público sin implicar la supresión del derecho del titular de la patente.

Los motivos para conceder una licencia obligatoria son diversos. Si bien, inicialmente, fueron pensadas para evitar abusos del titular de la patente (como la falta de explotación de la patente), ella también puede ser otorgada en aras del interés público, la salud pública, para perfeccionar inventos patentados, para evitar prácticas anti-competitivas, entre otras. En el Canadá y la India se preveían licencias obligatorias para determinadas áreas, como productos farmacéuticos o alimentos, en las cuales, después del período mínimo establecido en el Convenio de París, cualquier persona estaba autorizada automáticamente a utilizar una licencia obligatoria.

La mayoría de los países, tanto desarrollados como en desarrollo, incluye una regulación sobre esta figura jurídica. Si bien no existe un estudio sistemático sobre la aplicación práctica de estas licencias, pareciera que son pocos los casos donde se han concedido efectivamente.

⁸⁵ Adelman, Property rights theory and patent-antitrust: the role of compulsory licensing, New York University Law Review, Vol. 52, No. 5.

Así, las licencias obligatorias por falta de explotación parecen no haber sido utilizadas muy frecuentemente. Sin embargo, las licencias sobre patentes farmacéuticas (que pueden ser utilizadas tanto para producir como importar el producto patentado) en el Canadá han sido utilizadas extensamente⁸⁶. En Alemania a comienzos de la década de los 90 se otorgó una licencia obligatoria por razones de interés público⁸⁷. En los EEUU existen muchos casos de otorgamiento de licencias obligatorias para remediar prácticas anti-competitivas⁸⁸. En los Países andinos no se conocen de casos de otorgamiento de licencias obligatorias.

3.9.2 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

3.9.2.1 EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

ADPIC incorpora la figura de las licencias obligatorias (otros usos sin autorización del titular de los derechos). El artículo 31 deja en libertad a los Países miembros en la determinación de los motivos para otorgar licencias obligatorias (con excepción del caso de los esquemas de trazado de circuitos integrados), aunque hace referencia a algunos motivos específicos (emergencia nacional, prácticas anti-competitivas, patentes dependientes, uso gubernamental). Sin embargo, determina detalladamente las condiciones que deben observarse para la concesión de una licencia obligatoria (se otorgan en función de las circunstancias, debe haberse procurado previamente la obtención de una licencia voluntaria, son no exclusivas, se conceden sólo mientras perduren las circunstancias por las cuales fueron otorgadas y para abastecer principalmente el mercado interno, sólo pueden cederse con la parte de la empresa, debe compensarse adecuadamente al titular, posibilidad de revisión judicial de la concesión de la licencia obligatoria). Adicionalmente, deben observarse los requisitos establecidos en el Convenio de París en el artículo 5 A para los casos de falta o insuficiencia de explotación de la patente⁸⁹. Los procedimientos y los términos de la licencia variarán según la causal por la cual se otorga la licencia obligatoria.

La Declaración de ADPIC y Salud Pública confirmó el derecho de los Países miembros de otorgar licencias obligatorias así como la libertad de establecer las causales por las cuales se otorga.

3.9.2.2 LA DECISIÓN 486

Es tradición en la normativa andina incorporar normas sobre licencias obligatorias. La actual Decisión contiene básicamente las mismas condiciones y supuestos mencionados en los ADPIC para la validez de estas licencias. Se incluye sólo como causal la posibilidad de otorgar una licencia por falta de explotación del titular de la patente. A estos efectos se observan los requisitos y plazos previstos en el CUP.

3.9.2.3 EL TLCAN

Se recogen básicamente las disposiciones de los ADPIC. Las Partes están en libertad de introducir las causales que consideren conveniente. Se regulan detalladamente los requisitos para que procedan las licencias obligatorias. En el caso de patentes dependientes no se

⁸⁶ Ver Correa, Derecho de Patentes. El nuevo régimen legal de las invenciones y los modelos de utilidad, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, 171.

⁸⁷ Se concedió una patente para gama-interferón de Genetech (una empresa norteamericana) en favor de la empresa Bioferon. La decisión se basó en la dimensión de la población que podía beneficiarse con el medicamento y el bloqueo de la innovación que se atribuyó al abuso de monopolio ejercido por Genetech.

⁸⁸ Ver Reichman/Jermone/Hasenzahl, Non-Voluntary Licensing of Patented Inventions: Historical Perspective, Legal Framework under TRIPS, and an Overview of the Practice in Canada and the United States of America, ICTSD-Series: Intellectual Property Rights & Sustainable Development Series, Ginebra, 2002, disponible en: <http://www.ictsd.org/unctad-ictsd/index.htm>.

⁸⁹ Ver Straus, TRIPS and Patent Law, en: Beier/Schricker, From GATT to TRIPS – The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, VCH, Weinheim, 1996, 205.

asocia – como en ADPIC – a que la «segunda patente» implique un avance tecnológico importante respecto a la «primera patente», sino que se limita a los casos en que esta práctica implique una infracción a los derechos de competencia (artículo 1709.10).

3.9.2.4 EL TLCCE

No se encuentran disposiciones sobre las licencias obligatorias.

3.9.2.5 EL RD-CAFTA

No se encuentran disposiciones sobre las licencias obligatorias.

3.9.2.6 ALCA

Las propuestas que existen sobre este tema varían de forma considerable. Algunas en mayor o menor medida repiten las disposiciones de los ADPIC; otras buscan incorporar de forma positiva algunas causales no reguladas en ADPIC (falta o insuficiencia de explotación de la patente); otras propuestas buscan establecer una serie de limitaciones a la concesión de las licencias (sólo para casos de emergencia nacional o extrema urgencia, o para fines públicos no comerciales, sólo si el titular recibe una indemnización razonable y completa, prohibición a exportar los productos producidos bajo la licencia, no obligación del titular de transmitir los conocimientos técnicos involucrados con el invento); finalmente, otras propuestas buscan dejar a los Países en libertad de establecer lo que se entiende bajo «emergencia nacional», condiciones razonables (teniendo en cuenta circunstancias particulares de cada caso), remuneración adecuada (regalías promedios) (artículo 6).

3.9.3 PROPUESTAS DE LOS PAÍSES EN EL MARCO DE LAS NEGOCIACIONES DEL TLC EEUU-PAÍSES ANDINOS

El escenario que puede manejarse es que la propuesta de los EEUU se centre en los casos de emergencia nacional (que son los casos donde en los últimos años mayor atención ha suscitado en la comunidad internacional, por su vinculación con el tema de acceso a medicamentos). Probablemente en estos supuestos se pondrá énfasis en la compensación completa y razonable que debe recibir el titular y al hecho que el titular no esté obligado a proporcionar información técnica relacionada con la patente (know how).

Los Países andinos no han hecho una propuesta sobre este tema.

3.9.4 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LAS PROPUESTAS

Aunque hasta la fecha la figura de las licencias obligatorias no ha sido mayormente utilizada en nuestros países es importante permitir su utilización para evitar abusos del titular de la patente.

Es más, es posible que la existencia misma del régimen de licencias actúe como un factor que favorezca la concesión de licencias voluntarias en condiciones razonables, en la medida que el titular de la patente enfrenta la eventual aplicación de un régimen compulsorio, que puede serle menos favorable⁹⁰. En efecto, como lo muestran las experiencias recientes de Brasil y Estados Unidos, la mera existencia de esa posibilidad se constituye en un instrumento para los países que requieren brindar a su población el acceso a medicamentos en tiempo y condiciones oportunos⁹¹, ya que generalmente el resultado de invocar las licencias obligatorias induce al otorgamiento de licencias contractuales con base en términos razonables.

⁹⁰ Ver Cornish, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights*, Sweet & Maxwell, Londres, 1991, 202.

⁹¹ Ver infra 5.

Pero también la exigencia establecida en muchas legislaciones de ejecutar industrialmente la invención, puede haber sido un factor que explique el poco uso que se le ha dado a esta figura jurídica. En muchos casos el tamaño del mercado nacional, la insuficiencia de la descripción de la tecnología requerida (condición que se estaría proponiendo que no opere en los casos de otorgamiento de la licencia), la carencia de capacidad de producción local, entre otros, constituyen obstáculos insuperables.

En los Estados Unidos las licencias obligatorias se han concebido, más que como una penalización, como un remedio para evitar que una conducta perjudicial continúe. Así, se han otorgado bajo condiciones bastante restrictivas, incluyendo licencias sin compensación económica alguna (por ejemplo el caso *Incandescent Lamp* en 1953, *Beecham vs. Bristol Myers* en 1979, *Rhone Poulenc* en 1990); inclusión en las licencias obligatorias de patentes presentes y futuras (por ejemplo, las que se obtengan en cinco años); y obligación de dar asistencia técnica y transferir el know-how de fabricación (por ejemplo, por diez años en el caso *Beecham*); y extensión de la licencia a las patentes (correspondientes a las registradas en los Estados Unidos) obtenidas en el exterior, con el fin de asegurar las exportaciones de los licenciarios⁹². En tal sentido, no debería esperarse que en la propuesta de los EEUU se establezcan condiciones más severas que las que en la práctica ellos mismos aplican.

Para impedir que la concesión de las licencias obligatorias constituya una carga excesiva al titular de la patente, el Acuerdo sobre los ADPIC así como el CUP han previsto una lista detallada de las condiciones que deberán observarse para otorgar válidamente una licencia.

3.9.5 ANÁLISIS ECONÓMICO

El costo de limitar la aplicación de licencias obligatorias depende de dos variables: el número de veces que se frustre su aplicación, por el compromiso internacional que eventualmente se pueda haber adquirido, y la magnitud de la pérdida social involucrada en cada caso.

En cuanto a la frecuencia, aparentemente los Estados Unidos han aplicado licencias obligatorias una o dos veces por año,⁹³ que es probablemente la frecuencia con que las autoridades andinas deberían aplicarlas en resguardo de los intereses de la sociedad.

Más difícil es tener una idea de la magnitud de la pérdida social involucrada en cada caso, dado que se trata, por definición, de eventos imprevisibles aunque de importancia nacional. El caso reciente más conocido es el de las drogas para combatir el SIDA, de enorme importancia social, y en los Estados Unidos se han presentado casos en que las grandes empresas farmacéuticas estaban involucradas, lo que implica que estaban en juego cifras del orden de los miles de millones de dólares. Guardando la proporción entre las dimensiones de ambas economías, el impacto económico de una eventual limitación en este tema tendría en los Países andinos la misma importancia relativa que en los Estados Unidos.

En definitiva, el costo de no obligar a otorgar una licencia es el de mantener desabastecido el mercado, que es la justificación de la licencia obligatoria.

⁹² Ver Cortés Gamba/Zerda Sarmiento/Sarmiento/De la Hoz Pinzón (nota 62), 24.

⁹³ Correa, *Intellectual Property Rights and the Use of Compulsory Licenses: Options for Developing Countries*, Centre for Advanced Studies at the University of Buenos Aires, Argentina, disponible en: <http://www.southcentre.org/publications/complicence/complicence-06.htm>

El mercado de un producto está desabastecido cuando el precio de venta es superior a un precio de referencia, que en un mercado libre sería el de competencia. Para calcular el precio de referencia existen técnicas conocidas, que se pueden aplicar sin mayor dificultad al caso del desabastecimiento, como las de valorización aduanera y las anti-dumping.

El costo para el consumidor andino sería igual a la diferencia entre ambos precios (el de desabastecimiento y el de referencia) multiplicado por la cantidad del producto. Esta debe ser un promedio entre el consumo vigente (que puede llegar a ser igual a cero, en caso de desabastecimiento absoluto) y el consumo correspondiente al precio de referencia, de acuerdo a la estimación de la elasticidad de la demanda.

La comparación entre los precios citados es decisiva, porque puede darse el caso de que, incluso en desabastecimiento absoluto, el costo social sea cero porque existe un sustituto perfecto en el consumo. En otros casos el costo social puede llegar a ser muy elevado, y entonces sería grave que los Gobiernos de los Países andinos se vean limitados en su capacidad para obligar a otorgar licencias.

3.10 EL AGOTAMIENTO DE LOS DERECHOS

3.10.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Decisión 486	ADPIC	TLCAN	TLCCE
<ul style="list-style-type: none"> - Básicamente se recogen las disposiciones de ADPIC - Se regulan las causales mencionadas en ADPIC, incluyéndose la falta de explotación - Se incorporan todos los requisitos previstos en ADPIC y el CUP 	<ul style="list-style-type: none"> - Los Estados miembros tienen libertad de regular las causales por las que se pueden otorgar las licencias, salvo el caso de esquemas de trazado de circuitos integrados - Se regula detalladamente los requisitos que deben observarse para que proceda una licencia obligatoria (12 requisitos) - También deben observarse las condiciones establecidas en el art. 5 A CUP 	Se recogen básicamente las disposiciones de los ADPIC	No contiene una norma expresa sobre licencias obligatorias
RD-CAFTA	«Peor escenario»	Tercer Borrador ALCA	
No contiene una norma expresa sobre licencias obligatorias	<ul style="list-style-type: none"> - Se limitan los casos de emergencia nacional - El titular debe recibir una remuneración completa y razonable - No se puede obligar al titular a que transfiera los conocimientos técnicos relacionados con el invento 	No contiene una norma expresa sobre el agotamiento de los derechos	

3.10.1.1 INTRODUCCIÓN

El derecho sobre un derecho de propiedad intelectual (patentes, marcas, diseños industriales, derechos de autor) confiere a su titular un derecho de exclusiva que le permite monopolizar el uso del correspondiente producto patentado, signo en relación con determinados productos o servicios, diseño industrial o producto en el que se incorpora el derecho de autor. El derecho de exclusiva puede originar ciertas disfunciones en supuestos excepcionales: disfunciones que perturbarían, por un lado, la transparencia del mercado, y, por otro lado, lesionarían los legítimos intereses de los competidores del titular del derecho

de propiedad intelectual. A fin de corregir estas eventuales disfunciones, es necesario someter a los derechos de propiedad intelectual a determinadas limitaciones que neutralicen relativamente los efectos excluyentes de la patente, marca, diseño industrial, derechos de autor.

El agotamiento de un derecho de propiedad intelectual constituye uno de los límites del derecho de exclusiva. Es el límite que señala el fin del derecho de exclusiva y correlativamente el principio de la libertad de comercio de los terceros en relación con los productos patentados, productos que llevan la marca auténtica, productos donde se ha incorporado el diseño industrial original o derecho de autor.

La doctrina del agotamiento del derecho fue desarrollada a finales del siglo pasado por la jurisprudencia de derecho comparado para oponerse en primer lugar a los intentos de la industria de productos con marca de utilizar el signo distintivo para influenciar la posterior comercialización y el precio final del producto con marca.

Para fundamentar esta doctrina se partió por determinar cuál es el objeto del derecho de marcas. Así, se decía la marca sólo tiene como función distinguir los productos de un titular de los productos de otro titular. La marca no otorga un monopolio de comercialización del producto con marca y, por lo tanto, no permite acuerdos contractuales sobre el precio del producto final y su distribución. Un tal control implicaría una carga insostenible para la colectividad y una barrera al tráfico económico.

La anterior fundamentación tropezaba con un obstáculo, ya que en muchos textos legales el derecho exclusivo sobre la marca comprende el derecho de poner en el mercado el producto identificado con la marca. Para salvar esta dificultad se recurrió a la siguiente construcción dogmática: con la primera introducción en el mercado del producto identificado con la marca, el titular hace uso de su derecho, quedando el signo «agotado» o «usado», de modo que los productos con marca así introducidos en el mercado pueden ser objeto ulteriormente de sucesivos actos de comercialización.

La doctrina del agotamiento del derecho de marca se reconoció luego en el campo del derecho de patentes y de derechos de autor y sirvió también para fundamentar los casos de importaciones paralelas.

3.10.1.2 AGOTAMIENTO NACIONAL, REGIONAL, INTERNACIONAL

Por su alcance territorial pueden distinguirse tres tipos de agotamiento de los derechos: nacional, regional e internacional. El agotamiento nacional del derecho es causado con la primera comercialización de los productos realizada o consentida por su titular en el mercado nacional. Se impone en aras de la unidad del mercado nacional y del libre comercio interior. El agotamiento regional se produce cuando esa primera comercialización está localizada en un mercado regional. El agotamiento regional se impone en aras de la unidad del Mercado Común y del libre comercio intracomunitario. El agotamiento internacional se produce cuando esa primera comercialización está localizada en un mercado extranjero, es decir, en el mercado de un Estado exportador no integrado en un mercado regional. El agotamiento internacional significa la libertad plena de las subsiguientes ventas de los productos en el Estado (importador) en que ese derecho de propiedad intelectual tenga protección, una vez que hubieran sido comercializados por primera vez por su titular o con su consentimiento en cualquier lugar del mundo. El agotamiento internacional engloba el regional y el nacional.

3.10.1.3 AGOTAMIENTO INTERNACIONAL E IMPORTACIONES PARALELAS

El agotamiento internacional de los derechos de propiedad intelectual materializa la relación de tensión que se produce entre la configuración territorial de estos derechos y el carácter internacional del tráfico económico, en el cual las fronteras de los países no pueden constituir una barrera.

La cuestión jurídica puede formularse muy simplemente:

Puede el titular de un derecho de propiedad intelectual en base al registro que tiene en el país (importador) impedir que terceros importen el producto original con protección, cuando esos productos han sido producidos e introducidos en el mercado extranjero por él o por empresas vinculadas con él?

Detrás de este simple cuestionamiento se esconde un problema bastante complejo, cuya respuesta no es fácil, el mismo que comprende una serie de consideraciones económicas y que está impregnado por fuertes intereses contrapuestos.

Los hechos

El problema del agotamiento internacional se presenta básicamente en dos grandes grupos de casos:

En el primer grupo, el titular del derecho de propiedad intelectual en el país importador es el mismo que produjo los productos en el extranjero y los introdujo en el mercado extranjero. Dos sub-casos deben diferenciarse aquí:

En el primer sub-caso, el producto con derecho de propiedad intelectual se produce exclusivamente en el extranjero y se comercializa en el país importador por un distribuidor exclusivo o una empresa del consorcio del titular.

En el segundo sub-caso, el producto con derecho de propiedad intelectual se produce no sólo en el extranjero sino también en el país importador, sea por un licenciario del titular, sea por una empresa subsidiaria del titular.

En el segundo grupo, el titular del derecho de propiedad intelectual en el país importador no es idéntico con el titular que produjo el producto en el extranjero y lo introdujo en el mercado extranjero. Aquí también pueden apreciarse dos subcasos:

En el primer sub-caso, el producto con derecho de propiedad intelectual se produce de forma centralizada en el extranjero, es revestido con la marca, diseño industrial, derechos de autor allí y luego a través de distribuidores exclusivos comercializado en los diferentes países importadores. El titular del derecho de propiedad intelectual en el país importador no es el mismo titular (extranjero) del derecho en el país exportador, sino una empresa comercializadora vinculada con él. El derecho de propiedad intelectual se encuentra registrado en el país importador a nombre del nacional con consentimiento expreso o tácito del titular extranjero o porque el derecho de propiedad intelectual le fue transferido por el titular extranjero.

En el segundo subcaso, se trata - otra vez - de un caso de producción descentralizada: el producto se produce tanto en el país exportador como en el país importador. Las empresas productoras en los diferentes países importadores no sólo se encuentran autorizadas a usar el derecho de propiedad intelectual en el país importador, sino también son los titulares de él. Por lo general, se trata de empresas que son parte del consorcio de la empresa titular del derecho de propiedad intelectual original o licenciatarios del titular extranjero.

La diferencia sustancial entre el primer y el segundo grupos de casos radica en la titularidad del derecho de propiedad intelectual. En el primer grupo, el derecho de propiedad intelectual permanece en todos los países a nombre de la casa matriz extranjera y las diferentes empresas productoras están autorizadas a usar el derecho de propiedad intelectual por contratos de licencia o por pertenecer al mismo consorcio de la empresa matriz; en el segundo grupo, la titularidad del derecho de propiedad intelectual se ha descentralizado: el derecho se ha registrado en cada país a nombre de las diferentes empresas productoras que guardan una relación con la empresa matriz extranjera.

Importaciones paralelas

El caso típico de importaciones paralelas, donde el agotamiento internacional del derecho de propiedad intelectual resulta determinante, se presenta cuando terceros importan, distribuyen y comercializan en el país (importador) productos genuinos, que previamente fueron introducidos en el mercado del país exportador por su mismo titular (primer grupo de casos) o por empresas vinculadas con él (segundo grupo de casos), siendo adquiridos allí legalmente por el tercero.

En el siglo pasado, el problema de las importaciones paralelas de productos protegidos con un derecho de propiedad intelectual sólo surgió ocasionalmente. Resurge con mayor frecuencia y generalidad después de la Segunda Guerra Mundial, debido a la expansión del comercio internacional, a la internacionalización de los mercados, al surgimiento y desarrollo de las compañías multinacionales y a la difusión de redes de producción y distribución bajo acuerdos de licencia y distribución exclusiva con restricciones territoriales de reparto de mercados.

Gran influencia tuvo también la revolución tecnológica experimentada en la segunda mitad del presente siglo que inundó los mercados de nuevos y diversos productos. Para promover su venta surgieron también nuevas marcas, diseños industriales, etc. y se multiplicó la creación de filiales y de acuerdos de licencia y de distribución.

En definitiva, entonces, el aumento de las importaciones paralelas es una consecuencia lógica de una economía ampliamente liberalizada e internacional, que va a adquirir mayor importancia con el aumento del tráfico de mercancías entre los Estados.

3.10.2 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

3.10.2.1 EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

En el seno de la OMC se discutió durante largo tiempo sobre el alcance del artículo 6 ADPIC, que establece que el agotamiento de los derechos de propiedad intelectual no será objeto del sistema de solución de diferencias previstos en el mismo Acuerdo.

Para algunos autores esta disposición mantenía el status quo. En consecuencia, cada país estaba en libertad de regular el tipo de agotamiento que le resultara más conveniente a sus intereses (agotamiento nacional, regional o internacional). Para otros autores, lo único que

esta disposición establecía era que la cuestión del agotamiento de los derechos no podía ser objeto de discusión en el sistema de solución de diferencias. Para determinar el tipo de agotamiento que el Acuerdo de los ADPIC regulaba en cada derecho de propiedad intelectual había que remitirse a las normas sustantivas correspondientes previstas en el mismo ADPIC.

Estas discusiones quedaron zanjadas con la aprobación de la Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y Salud Pública del 14 de noviembre del 2001⁹⁴. En el artículo 5 inciso d) se aclara que en materia de agotamiento de los derechos de propiedad intelectual cada País miembro está en libertad de establecer su propio régimen.

3.10.2.2 ORDENAMIENTO JURÍDICO ANDINO: LAS DECISIONES 486 Y 351

Durante las negociaciones de la Decisión 486 los Países andinos se inclinaban por el agotamiento internacional y decidieron mantener el régimen hasta entonces vigente. Así, tanto para patentes (artículo 54), como para marcas (artículo 158), diseño industrial (artículo 131) y esquemas de trazado de circuitos integrados (artículo 101) se ha mantenido el agotamiento internacional⁹⁵. Igual sucede con los derechos de obtentores vegetales (artículo 27 Decisión 345). En consecuencia, se permiten importaciones paralelas en estas áreas.

La Decisión 351 no contiene una disposición sobre el agotamiento de los derechos de distribución de los derechos de autor. Llama la atención que no se haya buscado un acuerdo sobre una norma que tantas repercusiones tiene en la libre circulación de las mercaderías dentro de un mercado común. Por el contrario, se prefirió que toda la problemática del agotamiento de los derechos sea regulada a nivel nacional. En Colombia no se ha regulado de manera expresa el tema del agotamiento de los derechos, a diferencia de los otros países andinos que han establecido un agotamiento nacional. Lo que se estaría buscando es una regulación en el marco de la Comunidad Andina, propugnando un agotamiento regional.

3.10.2.3 LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO REGIONALES

Ni en el TLCAN, ni en el TLCCE ni en el RD-CAFTA se encuentran disposiciones sobre el agotamiento de los derechos. En consecuencia, será a nivel nacional y de acuerdo a los intereses de cada país donde las Partes regularán el tema del agotamiento de los derechos.

3.10.2.4 ALCA

El tema del agotamiento de los derechos encuentra en el Tercer Borrador una regulación doble. Por un lado, en la Parte General (Sección A. Aspectos Generales) el artículo 4 propone un agotamiento nacional con el objetivo de introducir en cinco años un agotamiento regional, por otro lado, en cada Sección de los diferentes derechos de propiedad intelectual existen propuestas concretas para el caso del agotamiento de los derechos. Así, para el derecho de marcas se propone un agotamiento internacional, un agotamiento regional o una libertad para que las Partes determinen libremente el tipo de agotamiento que deseen, incluyendo la opción de no regular el agotamiento (artículo 4); para derechos de autor se propone un agotamiento nacional del derecho de distribución (artículos 4 y 6.3) pero en un caso con el compromiso de introducir en un plazo máximo de cinco años un agotamiento regional (artículo 6.3); también para los artistas, interpretes o ejecutantes, fonogramas se

⁹⁴ Disponible en: <http://www.wto.org>.

⁹⁵ Ello implica que si en un país A el titular vende sus productos a US \$ 50.00 y en el país B los mismos productos a US \$ 100.00, un importador del país B puede importar el producto del país A y venderlo en el país B a un precio menor a US \$ 100.00, sin que el titular pueda oponerse a esta importación y posterior comercialización.

propone un agotamiento nacional (artículos 16.2, 17.1); para el derecho de patentes se propone un agotamiento internacional, así como un agotamiento nacional pero con el compromiso de introducir en el plazo máximo de cinco años un agotamiento regional (artículo 7); para los diseños industriales también se propone agotamiento internacional, así como agotamiento nacional pero con el compromiso de introducir en el plazo máximo de cinco años un agotamiento regional (artículo 5); para los derechos de obtentor de variedades vegetales un agotamiento nacional (artículo 6).

3.10.3 PROPUESTAS DE LOS PAÍSES EN EL MARCO DE LAS NEGOCIACIONES DEL TLC EEUU-PAÍSES ANDINOS

Es conocido que en diferentes foros internacionales y a nivel bilateral los EEUU intentan establecer un agotamiento de los derechos territorial. Por tanto, no debe asombrar que en el marco de las negociaciones del TLC con los Países andinos también se haga una propuesta en este sentido.

Los Países andinos no han presentado una propuesta sobre este tema.

3.10.4 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LAS PROPUESTAS

Independientemente de la forma de producción y distribución del producto genuino -central o descentralizada- e independientemente de la titularidad del derecho de propiedad intelectual - central o descentralizada -, para el titular del derecho de propiedad intelectual las importaciones paralelas significan un descontrol sobre su red de distribución, no poder garantizar los acuerdos de venta exclusiva y, a la inversa, no poder hacer respetar los acuerdos de compra exclusiva, dado que sus vendedores podrán abastecerse en la fuente alternativa a precios más ventajosos. En otras palabras, el titular quiere evitar perturbaciones -por medio de importaciones no deseadas- en su red de distribución oficial de sus productos. Se trata de proteger a distribuidores exclusivos y licenciarios nacionales de la penetración en sus territorios de terceros. Un análisis más exacto de la problemática permite constatar que el interés de no perturbar la red oficial de distribución está relacionado en la mayoría de los casos con el interés de mantener una política de precios. En efecto, las importaciones paralelas prácticamente sólo tienen lugar si el precio del producto patentado, con marca, que contiene el diseño industrial o derechos de autor en el país exportador, es mucho más barato que el precio de un producto correspondiente en el país importador. Sólo cuando la diferencia de precios es sustancial el importador paralelo podrá compensar los costos de importación (precios de compra, de transporte, impuestos, aranceles) y ofrecer los productos importados a precios inferiores a los ofrecidos por el titular original o por su red oficial de distribución.

Para los consumidores la entrada del importador paralelo implica automáticamente un incremento de la oferta del producto auténtico, una competencia de precios con los vendedores integrados en la red oficial de distribución, con el consiguiente abaratamiento de los precios, y un incremento de las fuentes alternativas de abastecimiento.

Para el sistema competitivo de libre empresa, las importaciones paralelas son beneficiosas, con los beneficios inherentes a la competencia: eficiencia de la asignación de recursos, incremento de la oferta, menores precios y menor inflación, y mejor satisfacción de la demanda de los consumidores.

Lo que no ha sido aclarado a nivel internacional es si los productos inicialmente fabricados y vendidos bajo licencias obligatorias en un país (el Estado exportador) pueden ser importados a otro país (el Estado importador) sin infringir los derechos de la patente. Para algunos autores, en este caso, no es posible aplicar la doctrina del agotamiento del derecho

puesto que estos productos fueron vendidos inicialmente sin el consentimiento del titular de la patente. Desafortunadamente, la Declaración de Doha sobre Salud Pública no resuelve este aspecto, que permitiría a Países como los andinos importar productos fabricados y vendidos en Países con una capacidad manufacturera local⁹⁶.

3.10.5 ANÁLISIS ECONÓMICO

El interés económico de las empresas dedicadas a la investigación de los Estados Unidos se orienta a aumentar al máximo la protección de los DPI en el mundo, y sólo así se entiende que un país que ha defendido siempre el principio de la libre circulación de bienes y servicios promueva ahora la prohibición de las importaciones paralelas.

La contradicción entre los principios económicos y las pretensiones que plantean los negociadores norteamericanos es tan grande que personalidades como el juez Posner y el profesor Landes de la Universidad de Chicago no dudan en calificar de mercantilista la posición de su gobierno. Ellos explican que⁹⁷:

«Los Estados Unidos tienen una balanza comercial positiva muy grande en propiedad intelectual. Esto significa que los costos de acceso impuestos allí donde se refuerzan los derechos de propiedad intelectual, son pagados en parte por extranjeros, que no votan ni pueden hacer contribuciones de campaña en las elecciones americanas. Las industrias de exportación han obtenido a menudo protección especial o ayuda del gobierno. El mercantilismo a un lado, una nación que, como los Estados Unidos, tiene una ventaja comparativa en la producción de propiedad intelectual, es más probable que favorezca la propiedad intelectual que uno que no la tiene.»

Y luego afirman sin duda alguna que dicha posición responde a presiones de grupos de interés:

«Si los aumentos en la protección legal de la propiedad intelectual desde 1976 han conferido beneficios netos a la economía americana, es incierto. Pero las fuerzas políticas y las corrientes ideológicas que nosotros describimos, incitadas por presiones de grupos de interés que favorecen a los creadores de propiedad intelectual por encima de los que copian, pueden explicar los aumentos.»

En la Unión Europea está prohibido limitar las importaciones paralelas dentro del territorio comunitario, porque da lugar a que las empresas discriminen los precios de venta entre los países, al punto que:

«la Comisión impuso una multa de 167,8 millones de Euros a Nintendo y a siete de sus distribuidores europeos por ponerse de acuerdo para impedir las importaciones paralelas dentro de la UE. En opinión de la Comisión, el acuerdo obligaba a los distribuidores a impedir las exportaciones de un país a otro ... lo cual permitió mantener artificialmente grandes diferencias de precios en la UE entre 1991 y 1998 (siendo en el Reino Unido hasta un 65% más baratos que en España, Alemania y Holanda). Se trata de la mayor multa impuesta nunca por una infracción de las denominadas «verticales» – entre productor y sus distribuidores»⁹⁸.

⁹⁶ Cfr Cortés Gamba/Zerda Sarmiento/Sarmiento/De La Hoz Pinzón (nota 62), 26.

⁹⁷ Landes/Posner (nota 20).

En los Estados Unidos también está prohibido abusar del poder monopólico para discriminar precios⁹⁹ y, sin embargo, fuera de sus fronteras, el Gobierno norteamericano promueve esta práctica. El resultado ha sido que algunas compañías farmacéuticas venden más caros sus medicamentos a países en desarrollo que en los países desarrollados¹⁰⁰. Como explica Fink:

«Las restricciones en el comercio paralelo permiten fijar a los poseedores de DPI un precio que maximiza sus utilidades en cada mercado nacional y, por consiguiente, elevar su rentabilidad global ... esto explica por qué los Estados Unidos, el productor más grande del mundo de propiedad intelectual, favorece el agotamiento nacional de los derechos de patente y de autor, tanto en el país como en el extranjero»¹⁰¹.

En caso de prohibirse las importaciones paralelas, el costo social en los Países miembros de la Comunidad Andina se originaría, en primer lugar, en la diferencia entre los precios de adquisición de los productos, y sería proporcional a los volúmenes que se dejarían de importar. No se cuenta con información que permita realizar una estimación razonable, aunque la diferencia de precios de 65% detectada en la Unión Europea da una idea de que el costo puede ser elevado. Otros costos se presentarán por la complicación en el trámite aduanero, su control y la corrupción a que podría dar lugar, que se traducirán en mayores costos de remuneraciones, de capacitación al personal, de infraestructura de cómputo y creación de bases de datos, etc.

4. ACCESO A RECURSOS GENÉTICOS, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

4.1 LEGISLACIÓN SOBRE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y RECURSOS GENÉTICOS¹⁰²

Hasta finales del siglo XX la opinión prevaleciente en los países industriales era que los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales eran bienes públicos, patrimonio de la humanidad, a los cuales todos podían acceder libremente.

⁹⁸ Revista Mensual de Competencia, Despacho Albiñana & Suárez de Lezo, Abogados, No. 8, Madrid, octubre 2002, disponible en: <http://www.nebrija.com/fundacionICOnebrija/archivos/revista/RMC8.doc>.

⁹⁹ Ver, por ejemplo, el dictamen preparado por la *Federal Trade Commission* para el Senado norteamericano sobre el mercado farmacéutico y competencia, y en particular sobre los hallazgos y recomendaciones encontrados en su estudio sobre medicamentos genéricos, así como el dictamen elaborado por la misma entidad sobre competencia y derecho de patentes, *Statement of the Federal Trade Commission before the Committee on Judiciary United States Senate*, Washington D.C., 17.6.2003; To promote innovation: The proper balance of competition and Patent Law and Policy, Executive Summary, A Report by the Federal Trade Commission, Washington D.C., 2003, disponibles en: <http://www.ftc.gov/os/2003/06/030617pharmtestimony.htm>.

¹⁰⁰ Stiglitz, Dos principios de política para la siguiente Ronda de Negociaciones: alternativas para sacar a los países en desarrollo del estancamiento, Génova, 1999.

¹⁰¹ Entering the Jungle of Intellectual Property Rights: Exhaustion and Parallel Importation, en: Fink/Maskus (eds.) (nota 10).

¹⁰² Revilla, La valorización de la propiedad intelectual: el caso de los conocimientos tradicionales, Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Lima, 2005, 241 y ss.

Decisión 486	ADPIC	TLCAN	TLCCE
<p>- Se contempla un agotamiento internacional de los derechos de propiedad industrial</p> <p>- No se ha regulado el agotamiento del derecho de distribución del derecho de autor</p>	Se permite a cada Estado miembro regular el agotamiento de los derechos, según sus intereses	No contiene una norma expresa sobre el agotamiento de los derechos. A nivel nacional se determina el tipo de agotamiento	No contiene una norma expresa sobre el agotamiento de los derechos. A nivel nacional se determina el tipo de agotamiento
RD-CAFTA	«Peor escenario»	Tercer Borrador ALCA	
No contiene una norma expresa sobre el agotamiento de los derechos. A nivel nacional se determina el tipo de agotamiento	Se regula un agotamiento nacional. Las importaciones paralelas quedan prohibidas	<p>- Tanto en la Parte General como en las Partes específicas a cada derecho de propiedad intelectual existen propuestas sobre el tipo de agotamiento a regir en cada área</p> <p>- Hay todas las variaciones posibles: agotamiento nacional, regional, internacional, libertad para regular el tipo de agotamiento, no regulación del agotamiento</p>	

Dos hechos han cambiado el contexto mundial en que se dio dicha opinión:

- El crecimiento demográfico y del consumo, sobre todo en los países industriales, afectó la disponibilidad de los recursos naturales, y entre ellos los genéticos: De las 30,000 variedades de arroz que existían en la India sólo diez siguen siendo importantes para la alimentación, y en los Estados Unidos el 91% de las variedades de maíz han desaparecido¹⁰³.
- Con el desarrollo de la biotecnología y la posibilidad de proteger legalmente sus invenciones, aumentó el valor económico de dos de sus insumos: los conocimientos tradicionales y la diversidad genética, porque se hizo evidente que los animales y las plantas tienen un valor mayor al que proviene de su utilización directa, debido a la información genética que contienen. Incluso las especies que no han sido aprovechadas aún por el hombre tienen información genética potencialmente valiosa¹⁰⁴.

La mayor importancia comercial de la biotecnología y la aparición de una industria ligada a ella llevaron a los países desarrollados a interesarse en proteger los derechos de propiedad intelectual sobre ciertas plantas. En noviembre de 1983 se dio la Resolución 8-83 de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) en la que se determinó que eran patrimonio común de la humanidad los recursos fitogenéticos (lo que debió ser recibido con aprobación por los representantes de los países desarrollados) así como las «*estirpes genéticas especiales (entre ellas las líneas y mutantes selectos y actuales de los fitogenetistas)*» o variedades vegetales obtenidas por la biotecnología, lo cual provocó una fuerte oposición de los países centrales y dio origen a la llamada «Guerra de las Semillas».

¹⁰⁴ Wolfrum/Stoll, Access to Genetic Resources under the Convention on Biological Diversity and the Law of the Federal Republic of Germany, Berichte 8/96, Umweltbundesamt, Berlin, 1996.

¹⁰³ Gettkant/Simonis/Suplie, Biopolicy for the Future, Policy Paper 4, Stiftung Entwicklung und Frieden, Bonn, 1997.

Una nueva resolución de la FAO «interpretó» la anterior reconociendo los derechos de propiedad intelectual del obtentor, pero también los derechos del agricultor, «los que provienen de la contribución pasada, presente o futura de los agricultores a la conservación, mejora y disponibilidad de los recursos fitogenéticos, particularmente de los centros de origen-diversidad». De esta manera se protegió los intereses de los principales usuarios de la diversidad genética, los fitogenetistas y los agricultores, pero quedaban sin protección los insumos, los CT y la diversidad genética. Para suplir esta falta de protección se creó el Fondo Internacional para los Recursos Fitogenéticos pero, en la práctica, este fondo nunca llegó a operar.

En el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB, uno de los cinco documentos presentados a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, conocida como la Cumbre de Río) se parte del principio que la conservación de la diversidad biológica es de interés común de la humanidad, por lo que los Estados deben atacar las causas de su reducción y, en consecuencia, se reconocen los derechos soberanos de los países sobre sus recursos naturales y se establece un nuevo régimen para su acceso, transferencia internacional y uso.

En particular, se estableció que el país donante debe beneficiarse mediante:

- Participación en la investigación.
- Transferencia de la tecnología derivada.
- Participación en los beneficios de la explotación comercial.

Asimismo, se estableció que la legislación nacional «respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales».

Sin embargo, no hay consenso aún sobre el valor comercial de los conocimientos tradicionales (CT).

Es un hecho que estos conocimientos se encuentran concentrados en los países pobres, mientras que en los países ricos se patentan productos desarrollados a partir de ellos. La pretensión de los países pobres es recibir una compensación por la contribución a la riqueza que generan las patentes respectivas, y esperan que la protección de los CT contribuya a reducir la pobreza. Este tema es relativamente nuevo en la discusión económica y en la literatura de propiedad intelectual, por lo que falta aún aclarar conceptos antes de definir cuál es la política a seguir¹⁰⁵.

4.2 LÓGICA ECONÓMICA DE LA PROTECCIÓN A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Es conocido que los inventos se protegen mediante patentes porque, de no hacerlo, no habría incentivo económico para inventar. Se otorga el beneficio de gozar de un monopolio por veinte años para que las rentas de monopolio durante ese período compensen el costo y el esfuerzo realizado en la creación. De esta manera la sociedad se beneficia con el invento y el inventor queda incentivado económicamente para intentar nuevos inventos.

¹⁰⁵ Manjula/Maskus, Protecting Industrial Inventions, Authors' Rights, and Traditional Knowledge: Relevance, Lessons, and Unresolved Issues. World Bank, disponible en: [http://www.worldbank.org/eap/eap.nsf/Attachments/Chapter+6/\\$File/chapter+6.pdf](http://www.worldbank.org/eap/eap.nsf/Attachments/Chapter+6/$File/chapter+6.pdf).

La lógica económica subyacente es que existía una falla del mercado (market failure) propia del mercado de conocimientos, que debía ser corregida por una intervención del Estado. En efecto, para el funcionamiento del mercado se requiere de información, es decir, que el comprador sepa lo que está comprando. Pero, por definición, en el mercado de conocimientos el comprador no sabe lo que está comprando y no tendrá interés en pagar por algo desconocido. Por otra parte, si el vendedor accede a mostrar su conocimiento, el comprador ya no tendrá interés en pagar por él, porque ya lo adquirió.

En el caso del mercado de los conocimientos tradicionales se presenta esta falla, que comparte con todos los mercados de conocimientos.

Sin embargo, no basta con que exista una falla del mercado para que se justifique la intervención del Estado. Se requiere además que el costo de la intervención para corregir la falla sea menor que el de la misma falla.

Aparentemente este es el caso de los conocimientos científicos, para los cuales, a pesar de presentar la falla correspondiente a todo mercado de información, el régimen de protección a la propiedad intelectual los excluye, lo que añade una dificultad al intento de justificar la protección de los conocimientos tradicionales: ¿Si los conocimientos científicos no reciben protección, por qué deberían recibirla los tradicionales?

Por consiguiente, es necesario determinar si los conocimientos tradicionales son comparables a los de la ciencia occidental y, dado el caso, determinar por qué estos no reciben protección y por qué deberían recibirla los conocimientos tradicionales.

4.3 CARACTERÍSTICAS DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Existe la idea de que los conocimientos de las comunidades son un listado de recetas que se transmiten entre generaciones, en marcado contraste con «la ciencia» que es deductiva y experimental. Por ejemplo, una personalidad de reconocido prestigio en el Perú distingue «La medicina científica» de los «conceptos tradicionales» y afirma que «Todas las tribus del mundo llegan a la conclusión que lo que no se puede explicar por mecanismos claros y lógicos se debe a fuerzas sobrenaturales».¹⁰⁶

Sin embargo, se debe tomar en cuenta que los conceptos fundamentales de la ciencia occidental no son siempre tan claros y lógicos y no se diferencian en lo esencial de las hipótesis en que se basan los «conceptos tradicionales». Así, desde el punto de vista de la teoría del conocimiento no hay diferencia cualitativa entre decir, por ejemplo, que es Júpiter Tonante el que mantiene en levitación un anillo de metal o que son las ondas electromagnéticas. La diferencia importante está en la amplitud de las capacidades explicativas y de predicción de las teorías que se puedan haber construido sobre la base de dichas hipótesis y, en este sentido, es evidente que la ciencia occidental ha tenido un desarrollo sin precedentes en la historia y que ha alcanzado éxitos impresionantes. Pero es preciso reconocer que los conocimientos de las comunidades también parten de hipótesis, que se amplían por experimentación y que forman un conjunto organizado. También es preciso reconocer que con dichos conocimientos se alcanzan éxitos que llaman la atención, sobre todo cuando ocurren en temas en que la ciencia occidental presenta limitaciones.

¹⁰⁶ Diario El Comercio, 10.9.97, Los otros caminos del curar, Lima.

Además, no se trata sólo de un «stock» estático que se transmite como herencia de generación en generación sino de un cuerpo de conocimientos organizados que puede enriquecerse con descubrimientos en cada generación, cuando existen los incentivos adecuados, o empobrecerse hasta desaparecer.

Estos conocimientos no son aprovechados plenamente por los investigadores, por la distancia cultural y por la falta de incentivo para que los propietarios de los conocimientos se decidan a compartirlos y desarrollarlos. En la práctica lo que está ocurriendo es que estos conocimientos están desapareciendo incluso más rápido que los bosques tropicales¹⁰⁷.

4.4 LOS CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS NO SE PROTEGEN

Se acaba de mostrar que los conocimientos tradicionales son, desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, idénticos a los científicos, y se sabe que estos conocimientos no gozan de protección en el régimen de propiedad intelectual. Aparentemente, no tendría sentido abogar por protección para unos si para los otros no existe, por lo que a continuación se dan las razones que explican, a nuestro entender, por qué los conocimientos de la ciencia occidental no requieren protección:

- Es un hecho que los conocimientos científicos se han desarrollado desde el origen de la civilización sin necesidad de un régimen de protección. Es posible que el deseo de conocer la verdad, o el prestigio asociado a la ciencia, haya sido suficiente incentivo para el desarrollo científico. Es conocida la anécdota del científico que planteó un problema matemático a los sabios conocidos de su época y, luego de un tiempo sin respuesta, envió la solución a sus corresponsales¹⁰⁸.
- Los gobiernos han subsidiado la investigación científica, como política alternativa al régimen de protección.
- Los empresarios son cada vez más conscientes de los beneficios que trae el desarrollo científico y subsidian por su cuenta o contratan directamente investigaciones, de modo que *«El tiempo entre un descubrimiento y su aplicación técnica y explotación comercial es cada vez más corto; bastarán algunos ejemplos para confirmarlo. La fotografía tardó 112 años en comercializarse, el teléfono 56, la radio 35, el radar 15, la bomba atómica 6, el transistor 5, el circuito integrado 3, en el campo de la aplicación de algunos antibióticos el tiempo ha sido aún más corto»*.¹⁰⁹

4.5 LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES TIENEN VALOR ECONÓMICO, PERO EL MERCADO NO LO RECONOCE

El valor económico de los conocimientos de los pueblos indígenas está estrechamente relacionado con su aporte a la investigación y el desarrollo de nuevos productos. La información proveniente de los pueblos indígenas acerca de las propiedades de ciertos recursos biológicos, puede reducir sustancialmente los costos de búsqueda y bioprospección que enfrentan las industrias, en particular, la industria farmacéutica, de «nutraceuticals» y de productos naturales. Simpson y Sedjo¹¹⁰ señalan que, en términos gruesos, la probabilidad de éxito que tiene una empresa en un proceso de investigación con fines comerciales de una especie cualquiera es del orden de dos cien milésimos (2/100,000).

¹⁰⁷ Cox/Balick, The Ethnobotanical Approach to Drug Discovery, Scientific American, junio 1994.

¹⁰⁸ Hasta donde se tiene conocimiento, el científico era Blas Pascal y el problema era la ecuación de la curva cicloide.

¹⁰⁹ CONCYTEC, Lineamientos de Política Científica y Tecnológica para el Perú. Lima, 1983

¹¹⁰ Simpson/Sedjo, 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.

Sin embargo, la actividad es rentable por el altísimo valor en que se estiman los beneficios eventuales. Si se asume conservadoramente que los beneficios eventuales ascienden aproximadamente a US\$ 125 millones y que el costo de iniciar la investigación de una especie (aproximadamente, US\$ 1000), el valor esperado (VE) de la actividad sería:

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

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

$$VE = \text{US\$ } 1,500$$

Sin embargo, si se contara con información que incremente la probabilidad de éxito, el beneficio esperado aumentaría sustancialmente y la investigación podría convertirse en una actividad altamente rentable. Por ejemplo, si la probabilidad de éxito se eleva a un décimo, el valor esperado de la investigación asciende casi a US\$ 12,5 millones. Es decir que, en este caso, 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.

Posteriormente se consideró¹¹¹, como valores más razonables, una probabilidad de sólo 1.2 cien milésimos, ingresos de 450 millones de dólares en caso de éxito y un costo de \$ 483 por el ensayo de cada especie; lo que eleva el valor económico estimado de los CT asociados a los recursos genéticos.

Es importante resaltar que las cifras consideradas tienen sólo carácter referencial (las cifras de los párrafos siguientes difieren aún más) pero ilustran dos hechos: que el valor económico de los conocimientos de los pueblos indígenas puede ser muy elevado, y que dicho valor está en función de en cuánto incrementan la probabilidad de éxito de las investigaciones comerciales de especies. En este caso la información se compara al mapa del tesoro, por el que la disposición a pagar se eleva casi al nivel del inmenso beneficio esperado, y los costos de la investigación resultan relativamente insignificantes.¹¹²

De acuerdo a la experiencia del profesor Vaisberg, de la Universidad Cayetano Heredia, *«las empresas prefieren pagar sumas elevadas por un producto desarrollado por otros, con una probabilidad de éxito igual a 1, que invertir en actividades en las que existe una probabilidad de no obtener el éxito esperado (no descubrir un nuevo producto terapéutico, por ejemplo). Esto demuestra que cuanto menor sea el riesgo asociado a la inversión que realizan las empresas, mayor será su interés en realizar este tipo de actividades. Sin embargo, ello no implica que no exista un mercado para los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas»*¹¹³.

¹¹¹ Kumar/Nori, Does Indigenous Knowledge Contribute Towards the Benefits of Bioprospecting? Institute of Economic Growth, Delhi-110007, India (pk@ieg.ernet.in), 2003.

¹¹² Estos tres párrafos han sido tomados de: Revilla, Regulación del acceso a los recursos genéticos y la protección legal a los conocimientos de las comunidades indígenas y nativas. Lima, marzo 1998. Estos párrafos fueron copiados en el documento del Área de Estudios Económicos del Indecopi, Propuesta de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas (y Algunas Reflexiones Sobre la Regulación del Acceso a los Recursos Genéticos), Documento de Trabajo N° 010-2000 preparado por Juan Luis Avendaño Cisneros, Ana María Pacón, Gonzalo Ruiz y Begoña Venero, con la colaboración de Sylvia Bazán, Armando Cáceres y Beatriz Boza.

¹¹³ Tomado del documento citado del Indecopi.

Un ejemplo ilustrativo es el acuerdo entre la empresa Shaman Pharmaceuticals y el Consejo Aguaruna y Huambisa en el Perú, en que aproximadamente la mitad de las 400 especies recolectadas por la empresa mostraron potencial terapéutico y dos de los fármacos están siendo sometidos a pruebas clínicas. Los costos de Shaman fueron iguales al 10% de los costos con técnicas de laboratorio tradicionales, y la eficiencia mejoró en más de 400% al trabajar con innovadores comunitarios en la selección de plantas con propiedades medicinales¹¹⁴.

Asimismo, en el documento citado del Banco Mundial se indica lo siguiente:

- que el valor de mercado de los derivados farmacéuticos de la medicina tradicional ha sido estimado en 43,000 millones de dólares anuales
- que el costo de la bioprospección puede reducirse drásticamente cuando se consultan los CT.
- que la bioprospección ha aumentado la frecuencia de los éxitos de la investigación médica de uno en diez mil a uno en dos mil.

Pero, si bien es cierto que «la empresa solicitante podría estar dispuesta a pagar» millones de dólares por un dato que le permitiese aumentar a un décimo la probabilidad de éxito de su investigación, esto no ocurre en la práctica. por las siguientes razones:

- En el ejemplo presentado se puede comparar a lo que estaría dispuesto a pagar un sediento en el desierto por el último vaso de agua, pero en condiciones normales la abundante oferta de agua potable hace que su precio en el mercado sea muy bajo. En el caso de los CT, si bien la oferta de conocimientos se está reduciendo, la población indígena y la oferta de sus conocimientos son todavía relativamente abundantes en el mundo.
- Existe una gran distancia cultural entre los demandantes y oferentes de conocimientos:

Entre los primeros, como se ha indicado líneas arriba, se encuentra difundida la idea de que los conocimientos de las comunidades son un listado de recetas que se transmiten entre generaciones, en marcado contraste con «la ciencia» que es deductiva y experimental.

Entre los oferentes de conocimientos existe una desconfianza casi natural que ha sido detectada por todo aquél que ha querido tratar el tema con ellos. Por ejemplo, un médico y un sociólogo con años de trabajo en la Sierra peruana reconocieron haber cometido un error «al pedir de entrada la incorporación de los médicos tradicionales en el trabajo del proyecto. El resultado fue la aparición de cierta incomodidad en la población (¿temor ante los poderes mágicos de estos curanderos? ¿voluntad de preservar la cultura tradicional?)»¹¹⁵.

- Una hipótesis básica del modelo de competencia perfecta es la información completa de los agentes que participan en el mercado. Se supone que quienes compran saben perfectamente qué es lo que están comprando y el beneficio que les puede reportar, pero en el mercado de conocimientos, por definición, el que compra no conoce lo que está comprando y el que vende no puede mostrar lo que está vendiendo. En consecuencia, los potenciales compradores no estarán dispuestos a pagar por un bien cuyo valor no conocen y, por otra parte, los vendedores no estarán dispuestos a dar a conocer su producto porque es lo mismo que entregarlo, y sin posibilidad de recuperación.

¹¹⁴ The Crucible Group, Gente, plantas y patentes: Impactos de la propiedad intelectual sobre la biodiversidad, el comercio y las sociedades rurales, Ottawa, ON, CIID, 1994, 40 y s.

¹¹⁵ Pradel/Luc/de Zutter, La Salud en CICDA, Ruralter N° 1, Centro Internacional de Cooperación para el Desarrollo Agrícola, Lima, 1986.

Como conclusión, existe una falla en el mercado de los CT, que es igual a la diferencia entre el valor económico de los CT y su valor actual de mercado.

4.6 LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES REQUIEREN PROTECCIÓN

Las razones señaladas líneas arriba, que explican por qué los conocimientos científicos no reciben protección, no se aplican en este caso. Si bien los CT pueden mantener un aura de prestigio al interior de las comunidades en que se desarrollan, este prestigio se reduce en la medida que la medicina y la civilización occidental se expanden, es decir, en la medida que la medicina y las sociedades tradicionales se reducen y tienden a desaparecer.

Por otra parte, además de que no existen subsidios para el desarrollo de los conocimientos tradicionales, los compradores y vendedores se encuentran separados no sólo por la distancia geográfica sino sobre todo por la distancia cultural, lo que constituye una falla adicional del mercado de conocimientos tradicionales.

4.7 SOBRE EL MÉTODO PARA CALCULAR EL VALOR DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

En el documento citado, Simpson y Sedjo presentan un método para estimar el valor de la demanda por biodiversidad de los que investigan para obtener nuevos productos farmacéuticos y llegan a la conclusión de que dicho valor es insignificante. La hipótesis inicial es que todas las especies tienen igual valor para los investigadores y que, por consiguiente, la probabilidad de éxito es igual también para todas ellas.

Esta y otras limitaciones del estudio¹¹⁶ llevaron a Rausser y Small, en el año 2000¹¹⁷, a construir un nuevo modelo considerando que la probabilidad de éxito en la investigación (y, por lo tanto, el valor económico de ésta) dependía de la densidad de especies en las reservas biológicas a estudiar.

En el 2003 Kumar y Tarui introducen la hipótesis de que la probabilidad de éxito en la investigación también depende de que se haya tomado en cuenta los CT de los pobladores de la zona a estudiar y construyen un modelo matemático para estimar el valor económico de dichos CT: Consideran que la empresa farmacéutica escoge primero el sitio en que realizará la bioprospección entre las zonas que tienen mayor densidad de especies, y luego decide cuánto pagar a la población local para seleccionar las especies a investigar. Se supone que a mayor pago mayor es el número de especies con probabilidad de éxito sobre las cuales se recibe información y, como la experiencia ha mostrado que los CT aumentan dicha probabilidad¹¹⁸, la empresa debe escoger el pago que le lleva a maximizar la rentabilidad esperada. Lógicamente, la diferencia entre esta rentabilidad y la que se esperaba obtener antes de la consulta a la población local, es el valor económico de los conocimientos tradicionales.

La formulación matemática del modelo económico planteado por Kumar/Tarui concluye efectivamente en una fórmula del valor económico de los conocimientos tradicionales, pero no es una fórmula operacional, en que baste con remplazar los símbolos algebraicos por valores numéricos para obtener, mediante las cuatro operaciones de la aritmética, una

¹¹⁶ Revilla y otros, Informe sobre la Regulación del Acceso a los Recursos Genéticos y la Protección Legal a los Conocimientos de las Comunidades Indígenas y Nativas. Indecopi, Área de Estudios Económicos. 1997. Presentado al Seminario Internacional: Conocimientos Tradicionales y Recursos Genéticos, Lima, 19-21 de mayo de 1999.

¹¹⁷ Rausser/Small, Valuing Research Leads: Biodiversity Prospecting and the Conservation of Genetic Resources, *Journal of Political Economy*, 108(1), 2000, 173-206, según Kumar/Tarui (nota 111).

¹¹⁸ Por ejemplo, para valores pequeños de la probabilidad, según Cox/Balick (nota 107), ésta se multiplica por cuatro o más si se consultan los CT.

cifra que dé el valor monetario de los CT en una zona determinada. Es cierto que, teóricamente, es posible calcular un valor monetario de los CT asumiendo valores de las probabilidades y escogiendo, casi al azar, una función matemática que cumpla con los requisitos indicados (que sea monotónica creciente, entre otros) para medir el impacto de los CT en el valor de las probabilidades de éxito en el análisis de las especies; pero no es éste el objetivo de los autores. La fórmula es más bien el resultado de la demostración matemática de que, si se cumplen las hipótesis planteadas sobre las características del mercado de CT, estos conocimientos tienen un valor económico. Por ello es que el artículo presenta, junto con la descripción matemática del modelo económico, abundantes referencias de los resultados alcanzados en experiencias de bioprospección en que se aprovecharon los CT de la población local, que son indicios para fundamentar las hipótesis de partida del modelo.

4.8 PROPIEDAD INTELECTUAL Y ACCESO A RECURSOS GENÉTICOS, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

4.8.1 INTRODUCCIÓN

El tema de la vinculación del derecho de patentes con las normas de acceso a los recursos genéticos y la protección de los conocimientos tradicionales es actualmente objeto de discusión en diversos foros nacionales e internacionales. Los países ricos en biodiversidad se oponen no sólo a que se patenten los recursos biológicos y genéticos de sus países, tal como se encuentran en la naturaleza (por no cumplir con los requisitos de patentabilidad: novedad y altura inventiva), sino también a que se patenten invenciones desarrolladas a partir de dichos recursos biológicos y genéticos o de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, si no se acredita que se accedió a ellos legalmente.

Los recursos genéticos son la materia prima de la biotecnología, que es generadora de invenciones, en particular de las llamadas invenciones biotecnológicas¹¹⁹. El aprovechamiento de los recursos genéticos por la biotecnología ha sido frecuentemente impulsado por los conocimientos tradicionales, de los que se han valido los investigadores para iniciar su trabajo conociendo qué recursos genéticos tienen aplicaciones prácticas y la forma y finalidad con las que se han venido utilizando.

Así las cosas, existe una estrecha relación de interdependencia entre recursos genéticos, conocimientos tradicionales y biotecnología. En efecto, el acceso al patrimonio biológico es imprescindible para el avance de la biotecnología, es decir, para el desarrollo de la ciencia, de la tecnología y de la industria relacionadas con la medicina, con los productos farmacéuticos, con la agricultura, con la ganadería, con la alimentación, entre otros. El aprovechamiento más eficiente de este patrimonio biológico depende en buena medida de la posibilidad de utilizar los CT relacionados con él.

La interdependencia de estas tres áreas revela la importancia de explorar el desarrollo de una protección de los CT asociados a recursos genéticos a través de derechos de propiedad intelectual. La propiedad intelectual puede asegurar a los titulares de los CT el aprovechamiento de sus CT (tanto en una faceta defensiva como positiva), encauzar la

¹¹⁹ Esto es, invenciones que consisten en material que contiene información genética y es autorreproducible o susceptible de ser reproducida en un entorno biológico apropiado y que abarcan tanto las llamadas invenciones biológicas de fase inicial, consistentes en secuencias marcadas expresadas (EST) o secuencias de nucleótidos de distintas longitudes que se producen cuando se expresa un gen; como las estructuras y composiciones derivadas o aisladas de organismos vivos que existen en la naturaleza (como plantas, animales, hongos, bacterias, etc.) así como también las invenciones relativas a la utilización y tratamiento de la materia biológica (que comprende desde el aislamiento y síntesis artificial de una sustancia presente en la naturaleza hasta procedimientos de cría selectiva o de producción de alimentos con aplicación de cultivos bacterianos).

transferencia de tecnología de sus titulares a la comunidad científica y a la industria implicada en el desarrollo de la biotecnología y servir de base no sólo para instrumentar la participación de las comunidades indígenas en los beneficios derivados, sino incluso – y en no pocas ocasiones tanto o más importante que esa participación – para controlar los usos a que son destinados en el marco de I & D y posteriormente los usos comerciales de los resultados de la actividad de I & D.

Ahora bien, debe quedar claro que ésta es sólo una de las muchas alternativas que existen para otorgar una protección a los conocimientos tradicionales asociados con recursos genéticos. Existen muchos otros aspectos tales como los relacionados con la preservación y promoción de la diversidad biológica, con el desarrollo y utilización sostenible de los recursos genéticos y biológicos, con el derecho de autodeterminación de los titulares de estos conocimientos, con la tutela de los derechos humanos, con el derecho a sus territorios, con cuestiones de justicia, con el progreso económico y social de las comunidades indígenas, con la defensa e identidad de los patrimonios culturales.

Para determinar cómo pueden protegerse los conocimientos tradicionales sobre los recursos genéticos dentro del sistema de propiedad intelectual u otro sistema sui generis de protección basado en derechos exclusivos (*property rights*) es necesario previamente examinar el marco jurídico en el que se encuadra esta cuestión.

4.8.2 EL CDB

A nivel internacional, el CDB - como se ha mencionado- reconoce los derechos soberanos de los países sobre sus recursos genéticos y establece nuevas reglas internacionales sobre el acceso, que se rigen por los principios del consentimiento informado previo y la distribución de beneficios (artículo 15).

Los Estados son soberanos a explotar sus recursos genéticos (los que se encuentren dentro de los límites de su jurisdicción) y en coherencia con ello tienen derecho a regular el acceso (artículo 15.1). Sin embargo, regular el acceso no significa impedir el acceso a ellos. Así, se dispone que los Estados procurarán crear las condiciones para facilitar a otros Estados el acceso a los recursos genéticos para usos ambientalmente adecuados y promover investigaciones basadas en recursos genéticos proporcionadas por otros Estados, siempre con el consentimiento informado previo del Estado que proporcione el acceso (artículo 15.2, 15.4, 15.5).

El CDB también reconoce un derecho de protección jurídica de los CT sobre recursos genéticos a favor de las comunidades o pueblos que los han desarrollado, conservado y transmitido (artículo 8 (j)). Este principio de protección jurídica se ve complementado por otras dos previsiones. De un lado, se impone a los Estados la obligación de promover la aplicación más amplia de los conocimientos tradicionales, siempre que se cuente con la aprobación de quienes los posean. De otro lado, se impone a los Estados la obligación de asegurar que se comparten equitativamente con sus titulares los beneficios derivados de la utilización de los CT asociados con recursos genéticos.

Por otro lado, el CDB manda buscar fórmulas creativas y novedosas que permitan relacionar entre sí los fines y objetivos del CDB con los fines y objetivos de los DPI. En efecto, reconociendo que los recursos genéticos pueden ser materia de protección mediante los

DPI y que éstos podrían tener efectos sobre el CDB, se ordena a los Estados adoptar las medidas necesarias para asegurar que estos derechos no sean contrarios a los objetivos centrales del Convenio, a saber: conservación de la diversidad biológica, uso sostenible de sus componentes y procurar que se compartan de manera justa y equitativa los beneficios que se derivan de su utilización (artículo 16.5).

Al ser el tema de los conocimientos tradicionales y el de recursos genéticos temas transversales (*cross-cutting issues*) que afectan varios aspectos de la diversidad biológica, han sido incorporados en la agenda de trabajo de diferentes órganos del CDB, a saber: i) La Conferencia de las Partes (COP), ii) El Grupo de Trabajo Especial sobre la Aplicación del artículo 8 (j), iii) El Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre Acceso a Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios¹²⁰.

4.8.3 EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC

En el Acuerdo sobre los ADPIC no hay ninguna disposición que impida exigir el requisito de acreditar el acceso legal a los recursos genéticos o los conocimientos tradicionales para la concesión de una patente desarrollada a partir de dicho recurso o conocimiento, aunque algunas delegaciones sostienen que se estaría añadiendo un cuarto requisito que la invención debería cumplir para poder ser patentada. De esta manera, se contravendría lo dispuesto en el artículo 27.1.

De otro lado, el texto del artículo 27.3 b) ADPIC es muy amplio y ha servido para que en él se apoyen muchos países para exigir una vinculación de los temas de patentes con el de acceso a recursos genéticos y conocimientos tradicionales. Como quiera que desde sus inicios estaba prevista una «revisión» de esta norma, algunos países vienen solicitando en el Consejo de los ADPIC que éste sea modificado en el sentido de adecuar las disposiciones de los ADPIC con las obligaciones contenidas en el CDB. Para estos países existe una contradicción inherente entre ambos tratados y es necesario una modificación que excluya del campo de patentabilidad a los organismos vivos, incluyendo a las plantas, animales y microorganismos. Para otros países no existe conflicto entre ambos tratados y es posible tomar medidas a nivel nacional para asegurar que sean aplicados, sin necesidad de recurrir al sistema de patentes. Para un tercer grupo de países, aunque potencialmente no existe un conflicto inherente entre los dos tratados, se superponen e interactúan considerablemente, por lo que sería necesario una intervención internacional para asegurar de que ambos tratados se apliquen apoyándose mutuamente.

En la Declaración Ministerial de Doha del 14 de noviembre del 2001 se acordó que los Miembros analizaran la vinculación de ambas áreas (artículo 19). En las negociaciones preliminares a la Conferencia Ministerial de Cancún los países miembros de la OMC aprobaron por consenso que se mantuviera esta disposición.

En los últimos tiempos puede apreciarse una apertura de los países a exigir el requisito de la presentación de la declaración de origen para la concesión de una patente. De mencionarse está la propuesta de la Unión Europea (IP/C/W/383) que busca que los solicitantes de patentes divulguen el origen del material genético; sin embargo, las consecuencias jurídicas de no respetar ese requisito deberían situarse fuera del ámbito del derecho de patentes. La propuesta de Suiza (IP/C/W/400) incluye una modificación del

¹²⁰ En la Tercera Reunión del Grupo de Trabajo celebrada en Bangkok, Tailandia, en febrero del 2005, se discutió, entre otros, la posibilidad de crear un certificado de origen/fuente/procedencia legal con reconocimiento internacional. Ver el Reporte Final del Grupo de Trabajo en: <http://www.biodiv.org/doc/meetings/abs/abswg-03/official/abswg-03-07-es.pdf>.

Reglamento del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT) de la OMPI (y, por referencia, del Tratado sobre el Derecho de Patentes (PLT) de la OMPI) con el fin de permitir expresamente a las Partes Contratantes que exijan a los solicitantes de patentes la declaración del origen de los recursos genéticos o los conocimientos tradicionales cuando la invención se base en estos recursos o conocimientos. El incumplimiento de ese requisito puede hacer que la tramitación de la solicitud no siga adelante o afecte su validez.

A pesar del rechazo inicial del sector privado para incluir el requisito de la presentación de la declaración de origen del recurso genético para la obtención de una patente, se acepta actualmente que dicho requisito sea solicitado por las autoridades de propiedad industrial (Cámara de Comercio Internacional (ICC), Doc. 450/941 Rev. del 10 de abril del 2002). No obstante, la preocupación subsiste cuando se solicita acreditar el consentimiento informado previo, puesto que hasta la fecha son muy pocos los países que cuentan con una regulación de esta naturaleza o los que han implementado las obligaciones previstas en el CBD lo han hecho de manera muy diferente. Asimismo, se considera que aún existen muchos puntos que requieren aclararse previamente (qué sucede si el recurso ha sido obtenido a través de un tercer país, qué sucede si el uso del recurso es irrelevante para la obtención de la invención final, entre otros) antes de incluir este requisito en el sistema internacional de patentes y hacerlo obligatorio. Por otra parte, se continúa rechazando que la no indicación de la declaración de origen del recurso genético sea motivo para denegar o invalidar la patente. Debe entenderse que las sanciones de la no declaración o de una declaración fraudulenta deberían darse en el plano civil.

Desde el fracaso de la Conferencia Ministerial de Cancún en septiembre del 2003, las negociaciones en la OMC y, entre ellas, en el Consejo de los ADPIC se encuentran prácticamente estancadas. Ello a pesar del compromiso a que se arribó en julio del 2004 con relación al tema de los subsidios agrícolas¹²¹. Para impulsar las negociaciones en el tema de recursos genéticos y conocimientos tradicionales se presentaron a lo largo del año pasado una serie de iniciativas. Por un lado, un grupo de países (Bolivia, Brasil, Cuba, el Ecuador, la India, el Perú, Tailandia y Venezuela) presentó una Lista recapitulativa de las cuestiones que deberían analizarse en el examen de la relación del Acuerdo ADPIC y el CDB. El objetivo fue tener un debate más centrado y estructurado en el tema¹²². La Lista fue preparada en base a las discusiones y comunicaciones presentadas por los países en el Consejo de los ADPIC desde 1999. Algunas de las cuestiones identificadas (divulgación de la fuente y el país de origen del recurso biológico y/o los conocimientos tradicionales utilizados en las invenciones) han sido posteriormente desarrolladas de forma más amplia¹²³.

Igualmente, la delegación Suiza ha ido informando al Consejo de los ADPIC de sus más recientes comunicaciones presentadas a la OMPI en el Grupo de Trabajo sobre la Reforma del PCT. El objetivo de estas comunicaciones ha sido afinar la propuesta inicial presentada hace unos años¹²⁴. Los Estados Unidos han manifestado su preocupación ante el desarrollo que están teniendo los debates. Como es conocido, los Estados Unidos no ven que haya contradicciones entre el Acuerdo de los ADPIC y el CDB. Para ellos los objetivos de los dos acuerdos son distintos, no se contradicen. Por el contrario, consideran que las propuestas que vienen impulsándose en el Consejo de los ADPIC y en otros foros internacionales para introducir nuevos requisitos en las solicitudes de patentes podrían generar

¹²¹ Ver http://www.wto.org/spanish/news_s/news04_s/dda_package_sum_31july04_s.htm.

¹²² Doc. IP/C/W/420 del 2.3.2004, La relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB). Lista recapitulativa de cuestiones, disponible en: <http://www.wto.org>.

¹²³ Doc. IP/C/W/429 del 21.9.2004, Elementos de la obligación de divulgar la fuente y el país de origen del recurso biológico y los conocimientos tradicionales utilizados en la invención, disponible en: <http://www.wto.org>.

¹²⁴ Doc. IP/C/W/423 del 14.6.2004, Observaciones adicionales de Suiza sobre sus propuestas presentadas a la OMPI en relación con la declaración de la fuente de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales en las solicitudes de patentes; así como el doc. IP/C/W/433, del 25.11.2004, Relación con la declaración de la fuente de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales en las solicitudes de patentes, disponibles en: <http://www.wto.org>.

incertidumbre en el derecho de patentes y perjudicar los objetivos que cumple el sistema como ente promotor de la innovación, el progreso tecnológico y el desarrollo económico¹²⁵.

4.8.4 LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI)

Desde 1998 la OMPI inició una serie de actividades destinadas a explorar aspectos de propiedad intelectual relacionados con la protección de los CT y el acceso a los recursos genéticos. Se buscaba principalmente identificar las necesidades y expectativas de los pueblos indígenas en relación con sus CT.

El Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales, Folklore de la OMPI (CIG) creado en el año 2000 ha pasado a ser el foro internacional más importante para el análisis y eventual tratamiento de los CT¹²⁶. Desde su creación, el Comité ha producido un extenso número de documentos, estudios técnicos, analizado casos e identificado las opciones de política y protección relacionados con los recursos genéticos, el conocimiento tradicional y el folclore¹²⁷. También se han implementado algunas medidas defensivas para la protección del conocimiento tradicional. Estas medidas incluyen la incorporación de material sobre conocimiento tradicional en la documentación mínima para el examen del estado de la técnica en el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) y la revisión del Acuerdo de Estrasburgo sobre Clasificación de Patentes para incluir nuevas categorías de clasificación ligadas al conocimiento tradicional. Finalmente, en fecha reciente se ha elaborado un proyecto de disposiciones tendientes a otorgar una protección a los conocimientos tradicionales¹²⁸.

¹²⁵ Ver Doc. IP/C/W/434 del 26.11.2004, Párrafo 3 b) del artículo 27, relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, y la protección de los conocimientos tradicionales y el folklore, disponible en: <http://www.wto.org>.

¹²⁶ Se trata de un Comité de naturaleza ad hoc creado por la Asamblea General de la OMPI. Su creación se debe a las siguientes razones: Durante las negociaciones del PLT, tratado que – como se sabe - busca armonizar aspectos formales de las solicitudes de patentes, Colombia intentó introducir el requisito de desvelación del origen de los recursos genéticos (ver Doc. SCP/3/11 del 14.9.1999, Reporte adoptado por el Comité Permanente, 29, párr. 203; Vivas, Análisis de la relación del ADPIC y la implementación nacional de la CBD: El caso del sistema de acceso y el desvelo del origen de los recursos genéticos en Venezuela, Estudio preparado para Diplomacia Comercial/UNCTAD, marzo 2001, 186, disponible en: <http://www.ciel.org>). No era la primera vez que dentro de las negociaciones del PLT una delegación intentaba incluir este requisito. En la Segunda Reunión llevada a cabo entre el 17-20.11.1998 la delegación peruana hizo mención a la necesidad de buscar esta vinculación. Cuando en la Tercera Reunión Colombia formalmente presentó la propuesta para introducir el requisito de divulgación del origen de los recursos genéticos en las solicitudes de patentes se generó rápidamente una polarización de las posiciones de los países: la propuesta fue apoyada por diversos países en desarrollo y rechazada tajantemente por los países desarrollados. Con el argumento de que no se estaba proponiendo un requisito formal, sino más bien un sustantivo, hubo presión para que Colombia retirara su propuesta. Como compromiso se acordó que la propuesta sea incluida en la agenda del Grupo de Trabajo sobre Biotecnología, a reunirse en noviembre de 1999, y que se organizaría una Reunión Ad Hoc sobre recursos genéticos y propiedad intelectual en el año 2000. Estas reuniones no produjeron resultado alguno, lo que llevó a que Colombia decidiese presentar su propuesta ante la Conferencia Diplomática para la aprobación del PLT. En los días previos a dicha Conferencia, los países en desarrollo buscaban organizarse y presentar la propuesta colombiana de manera que fuera viable. Por un lado, no se quería obligar a los Estados miembros a exigir la presentación del contrato de acceso, sino tan sólo dejarlos en posibilidad de hacerlo. Por otro lado, no se iba a solicitar la inclusión de la propuesta como parte del texto del articulado del PLT, sino como una norma de interpretación. Aun cuando estas normas son de menor jerarquía, deben ser tomadas en cuenta para la interpretación de las disposiciones del Tratado. Los países en desarrollo se reunieron en diferentes oportunidades con la delegación colombiana para realizar las coordinaciones pertinentes. Sin embargo, paralelamente la representante colombiana se reunía con las autoridades de la OMPI y la delegación norteamericana, quienes presionaban para que retirase la propuesta. A cambio se le ofrecía crear un Comité Intergubernamental sobre recursos genéticos para discutir el tema. Colombia aceptó el compromiso y retiró la propuesta. No obstante lo anterior, los países latinoamericanos y caribeños (GRULAC) evaluaban la conveniencia de seguir adelante con la presentación de la propuesta. Sin embargo, en las reuniones previas de coordinación a la Conferencia Diplomática la delegación norteamericana hizo de conocimiento público su intención de no participar en dicha Conferencia, si la propuesta colombiana no se retiraba. Finalmente, el GRULAC no quiso asumir la responsabilidad de hacer fracasar las negociaciones y acordaron no presentar propuesta alguna. No obstante, cabe indicar que la extensión de las tareas del Comité al tema de los conocimientos tradicionales y folklore se debe al trabajo realizado por el GRULAC (ver OMPI-Doc. WO/GA/26/6 del 25.8.2000, WO/GA/26/9 del 14.9.2000, WO/GA/26/10 del 3.10.2000; cfr. Vivas (ver la referencia bibliográfica de esta misma nota) 187).

¹²⁷ Entre ellos se pueden destacar un estudio sobre el requisito de divulgación del origen de los recursos genéticos (Doc. WO/GA/30/8 del 1.10.2003, disponible en: http://www.wipo.int/documents/es/document/govbody/wo_gb_ga/doc/wo_ga_30_8.doc) y conocimientos tradicionales (Doc. WO/GA/30/5 del 15.8.2003, disponible en: <http://www.wipo.int/tk/en/igc/documents/index.html>), un resumen comparativo de disposiciones y leyes sui generis para la protección del conocimiento tradicional (Doc. WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4 del 20.6.2003, disponible en: http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2003/igc/doc/grtkf_ic_5_inf_4.doc).

¹²⁸ El proyecto se encuentra contenido en el Anexo I del documento OMPI WIPO/GRTKF/IC/7/5 del 20.8.2004, un comentario sobre estas disposiciones se encuentra en el Anexo II del mismo documento. Ver http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_7/wipo_grtkf_ic_7_5-annex1.pdf.

Finalmente, el debate sobre los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales en el Comité ha traído como consecuencia la búsqueda de fórmulas para la transferencia e incorporación de los principios y objetivos de la CDB en otras negociaciones de la OMPI, como por ejemplo, las negociaciones sobre el Proyecto de Tratado de Derecho Sustantivo de Patentes (TDSP) y la reforma del PCT.

En el nuevo mandato recibido por el Comité de parte de la Asamblea General de la OMPI en septiembre del 2003¹²⁹ no queda claro el alcance del mismo¹³⁰. Así, el mandato no prejuzga si los posibles resultados de las discusiones son de naturaleza normativa y/o vinculante. De otro lado, las soluciones que el Comité proponga pueden variar considerablemente: desde opciones que impliquen reformas específicas al sistema actual de propiedad intelectual, hasta sistemas sui generis ligados al derecho consuetudinario.

4.8.5 EL GRUPO DE PAÍSES MEGADIVERSOS AFINES (GMPA)

El Grupo de Países Megadiversos Afines constituye un bloque político de países ricos en biodiversidad (y cultural) que, en su conjunto, poseen más del 70% de la diversidad biológica del planeta. Conforman este Grupo 15 Estados: Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, China, Ecuador, Filipinas, India, Indonesia, Kenia, Madagascar, Malasia, México, Perú y Venezuela¹³¹.

En sucesivas declaraciones: Cancún (2002), Cuzco (2002), Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible de Johannesburgo (2003), Kuala Lumpur (2003), Nueva Delhi (2005) el Grupo ha reiterado, entre otros, la necesidad de impulsar en diferentes foros la idea de desarrollar un régimen internacional vinculante para proteger los CT de los pueblos indígenas, que incluya que las oficinas de propiedad industrial tomen en cuenta al momento de evaluar las solicitudes de patentes si se han empleado conocimientos tradicionales¹³². En definitiva, la idea del Grupo es convertirse en un cártel para conseguir mejores condiciones en su trato con las empresas de biotecnología sobre acceso a recursos genéticos y conocimientos tradicionales¹³³.

4.8.6 EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANDINO: LAS DECISIONES 391 Y 486

Para el tema del acceso a los recursos genéticos rige en los Países andinos la Decisión 391. La Decisión reconoce la soberanía de los Países miembros en relación con sus recursos naturales y establece el marco jurídico para la celebración de contratos de acceso, debiendo éste ser concretizado por los legisladores nacionales (artículo 5). Cada empleo de un recurso genético requiere la celebración de un contrato de acceso. Para obtener dicho contrato debe seguirse un procedimiento compuesto por cuatro etapas: i) la presentación y evaluación de la solicitud; ii) las negociaciones del contrato; iii) la celebración del contrato de acceso; iv) el otorgamiento del derecho al acceso al recurso genético.

¹²⁹ El texto del mandato es el siguiente:

i) el CIG de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folklore (CIG) continúe durante el ejercicio presupuestario correspondiente al bienio siguiente la labor sobre las cuestiones incluidas en su mandato anterior, ii) la nueva labor del CIG se centrará, en particular, en considerar la dimensión internacional de esas cuestiones, sin perjuicio de la labor que se lleve a cabo en otros foros, y iii) no se excluye ningún resultado de esa labor, incluida la posible elaboración de un instrumento o instrumentos internacionales.

¹³⁰ Las diferentes posiciones de los países sobre el alcance del nuevo mandato explican el texto ambiguo finalmente aprobado. Ver, al respecto, Vivas-Eugui/Espinosa/Winkler, Las negociaciones internacionales sobre biodiversidad, recursos genéticos y propiedad intelectual: implicaciones del nuevo mandato del Comité Intergubernamental de la OMPI. Nota informal. Policy, Biodiversity and International Agreements Unit, marzo 2004, 4, disponible en: <http://www.sur.iucn.org/publicaciones/documentos/documentos/159.pdf>.

¹³¹ Ver <http://www.megadiverse.org>.

¹³² Como se viene impulsando en los diferentes foros internacionales ello se logra con una modificación del sistema de patentes, en el sentido que se introduzca entre los requisitos que debe cumplir una solicitud de patente: la revelación del origen del recurso genético y/o CT, así como la acreditación del origen legal de este recurso y/o CT.

¹³³ Algunos sectores critican los objetivos del GMPA en la medida que no busca combatir el desarrollo que actualmente está teniendo la biotecnología, sobre todo sus efectos sobre el medio ambiente, ni cuestiona el uso de recursos biológicos, sino que de alguna manera «legítima» este uso así como el de los CT, en tanto se cuente

Esta Decisión no ha sido reglamentada en todos los países a nivel nacional¹³⁴. Si bien en algunos de ellos existen contratos de bioprospección celebrados con universidades e institutos de investigación¹³⁵, hasta el momento no existen contratos de acceso suscritos con los Estados. Dada la poca aplicación práctica que ha tenido la Decisión 391 en los Países andinos se está evaluando su modificación. Se reconoce que el desconocimiento de esta norma por parte de los sectores pertinentes así como la poca claridad y complejidad del procedimiento de aprobación regulado, han hecho inaplicable el régimen comunitario. El objetivo es desarrollar un régimen más simple, viable y atractivo para personas interesadas en realizar bioprospección. En definitiva, se busca reducir los costos de transacción en la celebración de estos contratos y crear mayor certeza jurídica.

En las Disposiciones Complementarias de la Decisión se determina que no se reconocerán DPI sobre recursos genéticos o CT que se hubieran obtenido o desarrollado sin cumplir con las normas de acceso o protección de los CT. Asimismo, se impone a las oficinas de propiedad industrial la obligación de exigir al solicitante de un DPI copia del contrato de acceso como requisito previo para la concesión del derecho, cuando existan indicios razonables que estos recursos se hubieran obtenido en contravención de la Decisión. Para facilitar la labor de la autoridad, se dispone la creación de sistemas de intercambio de información sobre los contratos de acceso autorizados y los DPI concedidos. El cruce de información y el mantenimiento de un banco de datos deberían permitir a las autoridades llevar a cabo los exámenes de las solicitudes presentadas y, eventualmente, examinar la novedad y la altura inventiva, para determinar finalmente la procedencia de la concesión del DPI (Disposiciones Complementarias Segunda y Tercera).

Durante las negociaciones de la Decisión 486 la discusión anterior también estuvo presente. Los Países andinos mostraron su preocupación sobre la práctica cada vez mayor de patentar recursos genéticos sin autorización de los países proveedores de los mismos, así como de patentar invenciones desarrolladas a partir de estos recursos sin haber accedido a ellos legalmente. Por ello, se incluyó en primer lugar un principio general de salvaguarda y respeto del patrimonio biológico y genético, así como de la protección de los CT (artículo 3). En segundo lugar, se previó entre los requisitos a presentar para la concesión de la patente la presentación del contrato de acceso y del contrato de licencia de uso de los CT (artículo 26 incisos h) e i)). En tercer lugar, se dispuso que la no presentación de estos requisitos lleva a la anulación de la patente (artículo 75 incisos g) y h))¹³⁶.

Las dificultades prácticas de aplicar estas normas explican por qué hasta la fecha no existen en los Países andinos patentes denegadas por no haber cumplido con el requisito de presentación del contrato de acceso, así como de anulaciones de patentes por la misma razón, aun cuando son públicamente conocidos los casos de patentamiento de invenciones consistentes o desarrolladas a partir de un recurso genético y/o un CT¹³⁷. De otro lado, hasta la fecha tampoco ningún solicitante ha presentado libremente dicho contrato de acceso.

¹³⁴ Bolivia: Decreto Supremo 24676 del 21.6.1997; Colombia: Resolución 620 del 7.7.1997 y Resolución 730 del 14.3.1997; Venezuela: Ley de Diversidad Biológica del 24.5.2000. Ecuador y Perú aún no han establecido ninguna reglamentación.

¹³⁵ En teoría estos contratos son nulos, porque deberían haberse celebrado en el marco de la Decisión 391.

¹³⁶ Se ha cuestionado si resulta adecuado sancionar con nulidad la omisión de un requisito formal y, si en definitiva, la nulidad es la sanción más adecuada para los titulares de los conocimientos tradicionales (es decir, para los pueblos indígenas) toda vez que los conocimientos ya se han divulgado (por tanto, los compradores no tendrán más interés en pagar por él porque ya conocen la información), quedándose de esta manera sin una base legal (la patente) que eventualmente podría generar beneficios que luego puedan ser compartidos equitativamente. Además, la divulgación del invento (como consecuencia de la publicación de la patente realizada) hace que no sea más posible en el futuro presentar una solicitud de patente para esa invención.

¹³⁷ Ver Ruiz, *The International Debate on Traditional Knowledge as Prior Art in the Patent System: Issues and Options for Developing Countries*, South Centre, octubre 2002, disponible en: <http://www.southcentre.org/publications/occasional/paper09/toc/htm>; cfr. también Venero, *Mitos y verdades sobre la biopiratería y la propiedad intelectual*, Anuario Andino de Derechos Intelectuales, 2005, 227 y ss.

Aunque la protección defensiva¹³⁸ prevista en la normativa andina ha recibido mucho apoyo en la comunidad internacional¹³⁹ no está exenta de críticas. Sobre todo se cuestiona su conformidad con las disposiciones del Acuerdo ADPIC¹⁴⁰.

4.8.7 LA LEY 27811

Debido a las deficiencias del sistema de propiedad intelectual, algunos países latinoamericanos así como académicos y diversas organizaciones gubernamentales (ONGs) propugnan el diseño de un régimen de protección «sui generis» para proteger a los CT¹⁴¹. De los países que cuentan con un régimen especial de protección (sólo) Brasil, Panamá y Perú han introducido propiamente un régimen de propiedad «sui generis». Otros han optado más bien por reconocer derechos comunitarios sobre el conocimiento tradicional (Costa Rica) o considerarlo un bien público, inalienable, que no da lugar a un derecho de remuneración (Guatemala)¹⁴².

La Ley peruana 27811, Régimen Especial de la Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Asociados a la Diversidad Biológica, constituye a nivel andino, pero también en el plano internacional, de obligatoria referencia en el tema de protección de los CT. Esta Ley fue aprobada en julio del 2002, luego de varios años de discusión en la que participaron no sólo instituciones públicas y privadas, sino también los pueblos indígenas¹⁴³.

La protección «sui generis» que contiene la Ley 27811 se basa principalmente en los siguientes elementos:

- el consentimiento informado previo (CIP) de los pueblos indígenas, que en los casos en que se permita el aprovechamiento de los CT este consentimiento se materializará por lo general en un contrato de licencia de uso
- la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los CT, que comprende un pago inicial obligatorio, más una participación en las ganancias que se obtengan por la explotación de los CT. Adicionalmente, se prevé que un porcentaje de los beneficios se destinen a un Fondo
- la posibilidad de registro de los CT con fines de preservación así como medio para impedir el otorgamiento de patentes compuestas o que se basan en un CT
- sólo la regulación de aquellos conocimientos que son detentados de forma colectiva (el pueblo indígena) y no de manera individual (por ejemplo, el shaman), y que están referidos a las propiedades, usos y características de la biodiversidad

¹³⁸ Se habla de protección defensiva en la medida que se utilizan las propias reglas de los DPI para defender los intereses patrimoniales nacionales en materia de recursos genéticos y CT. Para un análisis del concepto de «protección defensiva», ver United Nations University, Institute of Advanced Studies, *User Measures. Options for Developing Measures in User Countries to Implement the Access and Benefit Sharing Provisions of the Convention on Biological Diversity*, UNU/IAS Report, 2da. Edición, Tokio 2003, disponible en:

¹³⁹ Ver United Nations University, Institute for Advanced Studies, *User Measures. Options for Developing Measures in User Countries to Implement the Access and Benefit Sharing Provisions of the Convention on Biological Diversity*, Tokio 2003; Vivas-Eugui, *Requiring the Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Traditional Knowledge: The Current Debates and Possible Legal Alternatives*, en: Bellman/Dutfield/Meléndez, *Trading in Knowledge. Development Perspectives in Trade, TRIPS and Sustainability*, ICTSD, Earthscan Publications, 2004; Doc. UNEP/CBD/WG-ABS/2/INF/2 del 2003, disponible en: <http://www.biodiv.org>.

¹⁴⁰ Ver, por ejemplo, Pires de Carvalho, *Requiring Disclosure of Origin of Genetic Resources and Prior Informed Consent in Patent Applications without Infringing the TRIPS Agreement: The Problem and the Solution*, Washington University Journal of Law and Policy, vol. 2, 2000.

¹⁴¹ Sobre los elementos a tener en cuenta en el diseño de un régimen sui-generis, ver Correa, *Traditional Knowledge and Intellectual Property, A Discussion Paper*, The Quaker United Nations Office (QUNO), noviembre 2001, 14 y ss.

¹⁴² Ver OMPI-Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/7 del 6.5.2002, *Review of Existing Intellectual Property Protection of Traditional Knowledge*, 6 y s.

¹⁴³ Algunas organizaciones indígenas (como el COPPIP) han criticado el proceso de adopción de la Ley 27811 debido a la poca participación que los representantes de los pueblos indígenas tuvieron. No obstante estas críticas, no puede deslegitimarse el proceso de aprobación de la Ley ni la Ley misma, debido a que un número importante de organizaciones indígenas tomaron parte en él y estuvieron de acuerdo con el texto final de la norma. Ciertamente, hubiese sido deseable una mayor participación de las organizaciones indígenas en todo el proceso, pero los problemas que se presentaron en este proceso no son exclusivos del mismo y se dan en otros escenarios de la vida política del país: carencia de una fuerte coordinación entre las autoridades gubernamentales (por ejemplo, la Oficina de Propiedad Industrial del Perú, Indecopi, que lideró el proceso de aprobación de la Ley, carecía hasta antes de empezar el proceso, de toda experiencia en el trabajo con pueblos indígenas, con la consecuencia que no se conocía el protocolo y las formas necesarias para empezar una relación de trabajo con los pueblos indígenas), falta de confianza de los pueblos indígenas en las autoridades gubernamentales, Environment and Development, Gran Bretaña, diciembre 2001, disponible en: http://www.iied.org/docs/blg/perustudy_sp.pdf.

- la regulación de los casos de CT que son detentados por más de una comunidad indígena
- la regulación de los CT que se encuentran en el dominio público
- la creación de un Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas a efectos de que todas las comunidades se beneficien del aprovechamiento de los CT
- contiene disposiciones que vinculan la concesión de patentes con la protección de los CT, impidiéndose que se otorguen patentes a invenciones obtenidas o desarrolladas a partir de un CT sin contar con el CIP de la comunidad.

Hasta la fecha no se conoce de ningún caso donde se haya solicitado la protección de un CT al amparo de la Ley 27811. No obstante, se ha empezado a documentar los CT de algunas comunidades ubicadas en Pisac, Cuzco¹⁴⁴. El tiempo dirá si la protección prevista es la más adecuada para proteger los intereses de los pueblos indígenas.

Para complementar, de alguna forma, la Ley 27811, el 1 de mayo del 2004 mediante Ley 28216 de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas¹⁴⁵ se creó una comisión nacional multisectorial para la prevención de la biopiratería, con participación del sector privado y de los pueblos indígenas. Para estos efectos, se entiende por biopiratería el acceso y uso no autorizado y no compensado de recursos biológicos o conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas por parte de terceros, sin la autorización correspondiente y en contravención de los principios establecidos en el Convenio sobre Diversidad Biológica y las normas vigentes sobre la materia. Esta apropiación puede darse a través del control físico, mediante derechos de propiedad sobre productos que incorporan estos elementos obtenidos ilegalmente o en algunos casos mediante la invocación de los mismos (Tercera Disposición Final).

4.8.8 LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO REGIONALES

Ni el TLCAN ni el TLCCE ni el RD-CAFTA contienen disposiciones que vinculen el otorgamiento y/o validez de la patente con la acreditación del acceso legal a los recursos genéticos o la declaración de origen de los mismos, ni con la protección de los conocimientos tradicionales.

En el Tercer Borrador del ALCA figuran algunos mecanismos de defensa para impedir el acceso y uso ilegales de los recursos genéticos. Se reconocen los derechos soberanos de los países sobre sus recursos genéticos, el compromiso de respetar las disposiciones del CDB y la obligación de conceder patentes que versen sobre invenciones desarrolladas a partir de material biológico y genético (sólo) si se han observado las disposiciones del CDB y las normas nacionales que al respecto los países hayan expedido. Finalmente, se propone que las autoridades nacionales en propiedad industrial incorporen en sus sistemas de búsqueda de patentes la información referida a materiales biológicos y genéticos. Para los conocimientos tradicionales se propugna una protección eficaz y adecuada y al igual que en el caso de los recursos genéticos, la concesión de una patente que verse sobre una invención desarrollada a partir de un conocimiento tradicional sólo si se han observado las normas del CDB y las nacionales.

¹⁴⁴ Caillaux/Ruiz, La protección jurídica de los conocimientos tradicionales y sus desafíos, Anuario Andino de Derechos Intelectuales, 2005, 201.

¹⁴⁵ Disponible en: <http://www.indecopi.gob.pe>. Antecedente de esta Comisión constituye la Comisión Ad Hoc creada para combatir los casos de biopiratería asociados al *Lepidium meyenii* (maca). Ver el Informe preparado por esta Comisión en la Quinta Reunión del CIG de la OMPI, disponible en: <http://www.wipo.int/globalissues>.

4.8.9 PROPUESTAS DE LOS PAÍSES EN EL MARCO DE LAS NEGOCIACIONES DEL TLC EEUU - PAÍSES ANDINOS

A diferencia de los otros temas, no es de esperarse en este punto una propuesta de los EEUU. Por el contrario, los Países andinos vienen realizando esfuerzos por incluir disposiciones sobre recursos genéticos y conocimientos tradicionales.

La propuesta andina busca incluir los requisitos de develación del origen y acreditación del origen legal en las solicitudes de patentes. Asimismo se solicita que las oficinas de patentes incorporen en sus bases de datos información relativa a recursos genéticos, recursos biológicos y conocimientos tradicionales asociados a los anteriores, con el objeto de que esta información sea tomada en cuenta al determinar el estado de la técnica.

4.9 CONCLUSIÓN

La conclusión no es una fórmula de cálculo, que sería de poca utilidad, sino una recomendación de política económica: El objetivo de un eventual régimen de protección de los CT es facilitar la firma de convenios entre las grandes empresas farmacéuticas y los poseedores de los conocimientos.

No es poniendo trabas a la prospección que se van a poner en valor los CT y sus pobres poseedores van a recibir la compensación que merecen. Es necesario más bien que el Estado intervenga para reducir las fallas del mercado que llevan a que exista una brecha enorme entre lo que los eventuales usuarios están dispuestos a pagar por los CT y lo que reciben actualmente las poblaciones nativas por sus conocimientos.

Entre las fallas del mercado a reducir se encuentran los costos de transacción actuales, que son muy elevados, la que se puede denominar «distancia cultural» entre vendedores y compradores, la desconfianza y la falta de información que dificultan la firma de convenios, etc. para aprovechar, a favor de las pobrísimas poblaciones ricas en CT, aunque sea una mínima parte de los millones que *«la empresa solicitante podría estar dispuesta a pagar»*, es decir, de la diferencia entre el valor económico de los CT y su valor actual de mercado.

Además, no conviene seguir posponiendo indefinidamente la aplicación de una política de facilitación y transparencia, porque la expansión de la cultura y de la medicina occidental va reduciendo el medio en que se desarrollan los CT, de modo que las pérdidas por seguir manteniendo oculto nuestro tesoro escondido pueden ser irre recuperables.

5. PROPIEDAD INTELECTUAL Y SALUD PÚBLICA

5.1 OBJETIVO Y JUSTIFICACIÓN

Las enfermedades infecciosas constituyen un problema global. 95% de las 17 millones de muertes anuales por enfermedades infecciosas ocurren en los países en desarrollo. El problema de las enfermedades infecciosas no se reduce a un problema de salud. Si bien una mejor salud para el mundo pobre es un fin en sí mismo, tiene también efectos en el desarrollo económico, la educación y la reducción de la pobreza. Por todo ello existe un interés internacional por encontrar soluciones. Así, en diversas reuniones de la OMC se ha tratado el tema de desarrollo global y la relevancia de enfermedades infecciosas.

La industria privada es esencial para la innovación de medicinas. La protección de la propiedad intelectual es un requisito necesario para incentivar investigación y desarrollo en el sector privado y público. Cualquier política que se diseñe debe partir de este punto. Ahora bien, la propiedad intelectual es sólo parte de la solución del problema de acceso a medicinas.

El mercado de medicinas de los países en desarrollo es pequeño, especialmente en aquellos que no tienen capacidad de producción. Estos mercados poco contribuyen a generar incentivos para la investigación de la industria farmacéutica. De otro lado, ha quedado demostrado que el otorgamiento de patentes de medicamentos trae como resultado un incremento de los precios finales. La lógica económica sugiere que es necesario instaurar un mecanismo para que los países pobres puedan beneficiarse de medicamentos a precios reducidos, sin debilitar el sistema de incentivos a la investigación de las empresas farmacéuticas transnacionales, las cuales dependen principalmente de los mercados de los países desarrollados.

5.2 LA POSTURA TRADICIONAL BASADA EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Para que exista un progreso tecnológico es necesario fomentar la investigación. El derecho de patentes otorga a su titular un derecho de exclusividad a producir y comercializar el objeto de su invención en un tiempo limitado, a cambio de que el inventor describa su invención de tal forma que cualquier experto en la materia pueda ponerla en la práctica.

El derecho de exclusividad pone al titular de la patente en una posición privilegiada dentro del mercado, puesto que nadie puede competir con él explotando la misma invención mientras dura la patente. Por lo tanto, sin el derecho exclusivo no se promueve la investigación que da lugar a los inventos.

Pero, por otra parte, la patente sirve para regular la competencia en el campo tecnológico. Si la patente no existiera, sería difícil que un empresario invirtiera en investigación. Ello es así, porque en general pueden utilizarse inventos distintos para producir objetos o procedimientos que satisfacen las mismas necesidades en el mercado. Por consiguiente, si se lanza al mercado un producto o un procedimiento basados en la aplicación de una invención nueva, los competidores si quieren seguir compitiendo tendrán que invertir en investigaciones que les permitan conseguir inventos que les aseguren la competitividad, al ofrecer productos derivados de esos nuevos inventos, que compitan con los de aquel que hizo la invención primera.

En definitiva, el derecho de patentes sirve para promover el progreso tecnológico e industrial de un mercado de libre competencia y esa libre competencia no es posible en el ámbito tecnológico si no existiera el derecho de patentes.

5.3 SITUACIÓN ACTUAL EN LA OMC Y POST DOHA

El Acuerdo sobre los ADPIC contiene en sus artículos 27 al 34 las normas relativas a patentes. El artículo 27 establece los requisitos que deberá cumplir una invención para ser patentada y prohíbe toda discriminación por el campo de tecnología (en consecuencia, todos los países - a más tardar al 1.1.2005 - están obligados a otorgar patentes sobre medicamentos, con excepción de los países menos desarrollados), el lugar de producción y el hecho de ser fabricado o importado el producto patentado. El artículo 28 consagra los derechos que tiene el titular de una patente, el 30 las limitaciones que pueden imponerse

a los titulares de derechos de patentes y el 31 regula una limitación especial: las licencias obligatorias.

Las licencias obligatorias buscan – como se ha visto - un balance entre los derechos de los titulares de patentes y los terceros competidores, así como el público consumidor. ADPIC no regula todos los supuestos en los cuales se puede otorgar una licencia obligatoria pero sí las condiciones para su otorgamiento.

Una manera de abaratar los precios de las medicinas es permitiendo su producción local por parte de diferentes competidores. La concesión de licencias obligatorias ayuda a este fin. Si bien, uno de los requisitos de validez de las licencias obligatorias es que se regule una remuneración «adecuada» (artículo 31 inciso h) ADPIC), esta remuneración deberá determinarse en cada caso individual, tomando en consideración la situación del licenciataro y del mercado donde operará la licencia, así como el objetivo de la licencia. El requisito que ha generado muchas controversias es el inciso f) del artículo 31, que establece que las licencias obligatorias se otorgarán *principalmente* para abastecer el mercado interno. El problema se presenta si el país que ha otorgado una licencia obligatoria no puede exportar los productos genéricos, porque se supone que ellos son principalmente para abastecer el mercado interno. ¿Cómo pueden entonces los países que no tienen la infraestructura para producir medicamentos adquirir las drogas genéricas? En la medida que las economías de escala son cruciales para la industria farmacéutica, no está claro cómo productores locales en un país pequeño puedan llegar a ser comercialmente viables.

En la Conferencia Ministerial de Doha se aprobó una declaración para tratar especialmente el tema de acceso a medicinas (Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública del 14.11.2001)¹⁴⁶. Antecedentes de esta Declaración constituyen los sucesos de Sudáfrica¹⁴⁷ y Brasil¹⁴⁸, y la voluntad expresada por los respectivos Gobiernos de otorgar licencias obligatorias sobre medicamentos patentados con el fin de abaratar los precios de

¹⁴⁶ Disponible en: http://www.chil.wto-ministerial.org/en...e/minist_e/min01_e/mindedl_trips_e.htm.

¹⁴⁷ La disputa del Gobierno sudafricano y 39 empresas farmacéuticas en el tema de medicinas y derecho de patentes empezó con la aprobación de la Ley de Medicinas y Sustancias Relacionadas en el año 1997 (*Medicines and Related Substances Control Amendment*). Lo que realmente suscitó la disputa fue el artículo 15 c) de esta Ley que permite al Ministerio de Salud tomar las medidas necesarias para prever un mejor acceso a medicinas. Se autoriza aquí al Ministerio a importar medicinas paralelas de otro país, donde los precios sean menores. Asimismo se autoriza al Ministerio de Salud a conceder licencias obligatorias para la producción de medicinas a costos más bajos. Las empresas farmacéuticas consideraron que ambas medidas constituían una erosión de sus derechos de patente y plantearon una demanda judicial. En vista de que un alto porcentaje de la población sudafricana se encuentra infectada con el virus del Sida (Según Medicinas sin Fronteras existen en Sudáfrica cerca de cinco millones de personas infectadas con el virus HIV/AIDS, ver <http://www.accessme.../publications.asp?scntid=3182001040389&contenttype=PARA>), se suscitó una reacción del público y de la Unión Europea tan fuerte que finalmente el 19.4.2001 las empresas farmacéuticas optaron por retirar la demanda. Para algunas ONGs el retiro de la demanda constituyó una victoria tan importante que debe servir para que otros países en desarrollo hagan uso de las flexibilidades previstas en ADPIC y se permita así importaciones paralelas y licencias obligatorias de patentes farmacéuticas (ver WIPR mayo 2001, Vol. 15, 13 y s.).

¹⁴⁸ La Ley brasileña de Propiedad Industrial de 1996 (LPI) contiene una disposición (art. 68) según la cual procede la concesión de licencias obligatorias sobre patentes si el titular no está explotando la patente en el país. Con esta norma Brasil pretende fomentar la capacidad de producción de empresas locales para fabricar medicamentos contra el Sida a precios mucho más bajos que los que ofrecen las empresas farmacéuticas multinacionales. Estados Unidos era de la opinión que la disposición de la LPI atentaba contra el principio de no discriminación del artículo 27.1 ADPIC y contra los derechos del titular de la patente previstos en el artículo 28 ADPIC. Razón por la cual presentó una denuncia ante el Sistema de Solución de Controversias de la OMC. El Gobierno de Brasil alegaba que el art. 68 LPI no violaba las disposiciones de ADPIC. Por lo demás, consideraban que el Gobierno norteamericano estaba tratando de aplicar un criterio que era inconsistente con sus propias leyes. Así, se alegaba que los artículos 204 y 209 del Título 35 del US-Code (disponible en: <http://uscode.house.gov/download/pls/35C18.txt>) imponían como condición la producción local para otorgar una protección de patentes. El art. 204 establece que pequeñas empresas y universidades que quieran obtener una patente de un invento desarrollado con fondos públicos, deben asegurarse que el invento será producido en los Estados Unidos. Por su parte, el art. 209 requiere que las patentes federales sean producidas sustancialmente en los Estados Unidos. Ambas normas de acuerdo al Gobierno de Brasil - están regulando el requisito de producción local. En tal sentido, se reservaban el derecho de iniciar un procedimiento ante el OSD (ver Brazil Blocks WTO Panel On Patent «Working Rules, WIPR, Feb. 2001, Vol. 15, 24). Después de muchas negociaciones pero en buena parte también por la presión de activistas, el Gobierno norteamericano decidió en junio del 2001 retirar su denuncia. Luego del intercambio de comunicaciones entre el Gobierno de Brasil (19.6.2001) y el Gobierno norteamericano (25.6.2001), las partes presentaron con fecha 19.7.2001 ante el OSD la Notificación de Solución Mutuamente Convenida (WT/DS 199/4, G/L/454, IP/D/23/Add), disponible en: http://docsonline.wto.org/GEN_viewerwindow.asp?D:/DDFDOCUMENTS/T/IP/D/23A1.DOC.HTM.

los medicamentos contra el sida. También tuvo un efecto el problema de anthrax surgido en los Estados Unidos inmediatamente después de los atentados del 11 de septiembre de 2001¹⁴⁹.

La Declaración en cuestión reafirma el derecho de los Países de tomar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la libertad de otorgar licencias obligatorias en los supuestos que consideren conveniente, siempre que sean compatibles con los ADPIC. En definitiva, lo que busca la Declaración es permitirle a los países en desarrollo un fácil acceso a medicamentos patentados. Se encomendó a los Estados miembros buscar una solución hasta antes del fin del 2002 para que los países con capacidades de fabricación en el sector farmacéutico insuficientes o inexistentes puedan hacer uso efectivo de las licencias obligatorias.

Dicha solución no se logró en el plazo indicado por la renuencia de los Estados Unidos a aceptar que las excepciones previstas se apliquen a todo tipo de enfermedades. Se consideraba que una disposición de esa naturaleza atentaba contra el sistema de patentes. Para ellos la Declaración de Doha sobre Salud Pública limitaba este régimen excepcional a las enfermedades mencionadas expresamente en ella, como el sida, tuberculosis, paludismo y otras epidemias de similar gravedad. Brasil, India y el Grupo Africano se opusieron a todo tipo de limitación en cuanto al campo de aplicación. Consideraban que la mención que hace la Declaración de algunas enfermedades es sólo a título ejemplificativo. Para ellos, la Declaración había sido clara en establecer que los ADPIC «pueden y deben ser interpretados y aplicados de una manera que apoye el derecho de los Miembros de proteger la salud pública». Por lo tanto, cualquier limitación en este sentido atentaba contra los compromisos acordados en la Declaración de Doha y restringía la posibilidad de que los países en desarrollo usaran los ADPIC para promover el acceso a medicinas. La Unión Europea propuso como una solución de compromiso una lista con 22 enfermedades, principalmente enfermedades endémicas de África, a las cuales se les podría automáticamente aplicar el nuevo régimen de licencias obligatorias. Adicionalmente, los países en desarrollo podrían aplicar el nuevo régimen a otras enfermedades, que cuenten con el visto bueno de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Aunque en el Consejo de los ADPIC de febrero del 2003 el tema de acceso a medicinas quedó bajo la sombra de la discusión sobre agricultura y se creía que el tema iba a permanecer sin tocarse hasta la Conferencia Ministerial de Cancún (septiembre del 2003), sorpresivamente a finales de agosto del 2003 se llegó a una Decisión¹⁵⁰. Probablemente, el temor a que la Ronda de Negociación de Cancún fracasase por falta de un acuerdo en este tema, hizo que las delegaciones (sobre todo la norteamericana) estuviesen dispuestas a llegar a un acuerdo. Sin embargo, como ya es por todos conocidos, a pesar del acuerdo en acceso a medicinas, la Ronda fracasó.

¹⁴⁹ En los Estados Unidos se generó un gran pánico por el envío por correo de algunas cartas conteniendo anthrax. El temor a que se produjese una epidemia generalizada obligaron al Gobierno norteamericano a tomar las precauciones del caso. Para ello era necesario abastecerse en cantidades suficientes con el hasta ese entonces único medicamento para combatir el anthrax: el producto Ciprobay de la empresa Bayer AG. Ante el elevado precio de este medicamento y la posible incapacidad de la empresa Bayer AG de proveerlos en el corto plazo con el indicado medicamento, el Gobierno norteamericano amenazó a Bayer AG con no respetar su derecho de patente (es decir, conceder licencias obligatorias, para que otras empresas pudiesen fabricar el medicamento Ciprobay). Ello a pesar de que Bayer AG redujo el precio del medicamento en un 50% y triplicó la producción del mismo.

¹⁵⁰ Doc. WT/L/540 del 1.9.2003, Aplicación del párrafo 6 de la declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, Decisión del Consejo General del 30.8.2003, disponible en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/implem_para6_s.htm

La Decisión del Consejo General no limita su aplicación a ninguna enfermedad en específico y suspende temporalmente el artículo 31 f) ADPIC que exige que lo producido con una licencia obligatoria sea para abastecer predominantemente el mercado interno para permitirle al país exportador producir y exportar para satisfacer las necesidades del miembro importador. Asimismo, se prevé que el requisito de la «remuneración adecuada» (artículo 31 h) ADPIC) se cumpla únicamente en el país exportador. Se suspende su aplicación en el país importador en razón de que ya se pagó una remuneración en el país exportador. Para la implementación de estas disposiciones, la Decisión prevé el cumplimiento de una serie de requisitos formales, a saber: el país importador debe enviar una notificación al Consejo de los ADPIC conteniendo una serie de información¹⁵¹, el país exportador debe conceder la licencia obligatoria bajo ciertas condiciones (sólo para producir bajo la licencia la cantidad necesitada por el miembro importador; los productos fabricados bajo la licencia deben ser claramente identificados con embalaje, color y forma especial para mostrar que la producción se hizo bajo este sistema; antes de enviar los productos al país importador, el licenciatarario deberá revelar la cantidad y las características del producto que será exportado en su página de Internet). Para asegurar que los productos importados bajo este sistema se destinen sólo para atender problemas de salud pública, el país importador debe adoptar medidas de seguridad (por ejemplo, para evitar la re-exportación). Las medidas deberán ser proporcionales a su capacidad administrativa.

Hasta la fecha ningún país ha notificado al Consejo de los ADPIC su voluntad de ser considerado país importador¹⁵² o exportador¹⁵³.

5.4 OPCIONES LEGALES DISPONIBLES PARA LOGRAR EL OBJETIVO

El debate sobre acceso a medicinas puede esencialmente dividirse en dos grandes categorías: 1) Cómo obtener medicamentos a precios bajos y 2) Cómo promover I & D para atender enfermedades endémicas.

Con relación al primer punto, son muchos los factores que inciden en el precio de los medicamentos, la propiedad intelectual es uno de ellos. Aquí existe consenso. Donde no existe consenso es en el grado en que la propiedad intelectual, y en concreto las patentes, dificultan el acceso a medicinas y en qué medida este impacto requiere la revisión del sistema internacional de propiedad intelectual.

En la discusión sobre los efectos de las patentes en el acceso a medicinas debe tenerse en cuenta los instrumentos que el mismo sistema prevé para incrementar el suministro de medicamentos a precios bajos: licencias obligatorias, importaciones paralelas, excepción Bolar.

El Acuerdo sobre los ADPIC y la Declaración de Doha establecen algunos parámetros en estas áreas. Es necesario aprovechar todas las flexibilidades previstas en el sistema internacional de protección. Sobre estos temas nos hemos ocupado extensamente en la parte 3 de este trabajo y a las consideraciones allí desarrolladas nos remitimos.

¹⁵¹ Nombre y cantidad de productos necesitados; prueba de que o es un país menos desarrollado o no tiene capacidad de fabricación; confirmación de que se ha concedido una licencia obligatoria o está por concederse.

¹⁵² Los países menos desarrollados automáticamente califican como países importadores, los países en desarrollo deben notificar su voluntad de utilizar el sistema previsto, finalmente, una serie de países desarrollados han declarado su voluntad de no utilizar el sistema.

¹⁵³ Ver http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/public_health_notif_import_s.htm.

Pero en adición a la propiedad intelectual, es necesario tener en cuenta otros mecanismos: precios diferenciados, fondos internacionales, nuevas políticas de salud, donaciones, control de costos, compras en masas (bulk purchases), entre otros. Todas estas medidas tienen ventajas pero también algunas desventajas. La más saltante es la segmentación de mercados que se produce. En todo caso, debería estudiarse caso por caso para evitar problemas de anti-trust.

Finalmente, muchos de los expertos que vienen siguiendo las discusiones sobre acceso a medicinas consideran que es necesario subsidios sustanciales de parte de los países que integran la OECD, así como de organizaciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Hasta la fecha no existen indicios que se vaya a formar un Fondo Global para atender las necesidades de los países en desarrollo en salud pública.

Por ello, estos países deben buscar ellos mismos incrementar su capacidad de producción de medicamentos a bajos precios. Una transferencia de tecnología es fundamental para que puedan desarrollar su propia infraestructura en I & D y la capacidad de atender sus necesidades.

Con relación al segundo punto, deben diseñarse nuevos mecanismos alternativos para incentivar I & D. Se trata de combinar políticas que ayuden a reducir los costos de investigación, como créditos tributarios, con políticas que promuevan un aumento de las ganancias, como la creación de un fondo de compras.

5.4.1 ESTRATEGIA LEGAL

Los países en desarrollo deben introducir a más tardar al 1.1.2005 una protección de patentes para medicamentos y conceder patentes sobre solicitudes presentadas durante los plazos de transición previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC (artículo 70.8 ADPIC). En consecuencia, a partir de esa fecha el suministro global de medicamentos baratos se reducirá considerablemente.

Si bien la Declaración de Doha extendió para los países menos desarrollados el plazo de transición para la implementación de la protección por patentes de medicamentos hasta el 1.1.2016, esta extensión no tendrá mayor repercusión en el suministro de medicamentos baratos, toda vez que los países menos desarrollados dependen de la importación de productos baratos de los países en desarrollo, y aquí éstos no están más disponibles.

El tiempo ya se venció pero la Decisión de agosto del 2003 constituye un logro importante en la búsqueda por suministrar de medicamentos baratos a países que no cuentan con la capacidad de fabricación de medicamentos genéricos.

Debe dejarse claro en cualquier negociación internacional que las acciones antes señaladas no van a afectar el incentivo de investigación de la industria farmacéutica, en la medida que ésta no depende significativamente de las ganancias que se obtengan en los países en desarrollo.

Ahora bien, aun cuando se logre una liberalización de las licencias obligatorias, no debe pensarse que este mecanismo constituye la varita mágica para tener acceso a medicinas baratas. Algunas limitaciones pueden mencionarse. En primer lugar, en el caso de licencias obligatorias debe importarse los productos o la posibilidad de realizar ingeniería de re-

inversa sin la cooperación del titular de la patente. En segundo lugar, las exportaciones de productos licenciados de mercados grandes a más pequeños sólo podrá tener lugar si las enfermedades en ambos países son las mismas. En tercer lugar, una solicitud de licencia obligatoria sólo será atractiva, independientemente de la relevancia y gravedad de la enfermedad, en relación con mercados grandes y rentables. Finalmente, con la concesión de licencias obligatorias se reduce para los gobiernos el valor de la licencia obligatoria como instrumento de negociación con las empresas farmacéuticas.

5.4.2 ESTRATEGIA POLÍTICA

El problema de acceso a medicinas tiene una dimensión normativa. Tres cuestiones son importantes: ¿se están violando derechos humanos? (el derecho de acceso a salud pública), ¿las empresas farmacéuticas tienen el deber moral de ayudar a países en desarrollo en cuestiones de salud? y ¿es válido un sistema internacional de propiedad intelectual que está basado en valores injustos y desleales?

Esta dimensión del problema debería explotarse en el campo político. Así, se debería establecer un compromiso político y financiero de los gobiernos de prohibir precios altos para medicamentos, así como promover una política de precios diferenciados. Igualmente, debería existir el compromiso político de controlar la re-exportación de los medicamentos importados a bajos precios.

5.5 NECESIDAD DE INTEGRAR LOS OBJETOS Y VALORES DEL CONFLICTO

Cualquier solución sostenible en el conflicto de propiedad intelectual y salud pública debe tener en cuenta los siguientes tres aspectos: el respeto a los derechos humanos, el reconocimiento de los DPI y una compatibilidad con I & D¹⁵⁴. De existir un conflicto, el tema de salud pública tiene primacía sobre los DPI.

Las empresas farmacéuticas son agentes económicos y como tales tienen derecho a estar orientadas a la obtención de utilidades. En consecuencia, debe reconocérsele el derecho a una compensación por las innovaciones que realicen. Sin embargo, las empresas tienen la responsabilidad de actuar éticamente y de respetar los derechos humanos. El derecho humano a la salud pública no puede aplicarse a productos privados (medicinas)¹⁵⁵ pero sí a la información que se requiere para fabricar los medicamentos (lo cual constituye el principio implícito del otorgamiento de licencias obligatorias).

5.6 EL ROL DE LAS PATENTES, PRECIOS E I & D

Existe consenso que los precios altos de productos farmacéuticos patentados constituyen una barrera de acceso a la salud, sobre todo en los países pobres, pero, entre otros factores. Se reconoce que para aquellos que están en necesidad deben adoptarse soluciones especiales, en particular -como ya se ha visto -permitirles usar las flexibilidades de ADPIC y hacer uso de otros instrumentos complementarios, como la introducción de precios diferenciados.

¹⁵⁴ A esta conclusión se llegó en el proceso de diálogo llevado a cabo por diferentes «stakeholders» sobre el tema general del impacto de la biotecnología en propiedad intelectual. Este proceso de diálogo fue conducido por el Science Center de Berlín (Wissenschaftszentrum für Sozialforschung, WZB) y financiado por el World Business Sustainable Development (WBCSD). Tres grandes temas fueron objeto de debate: acceso a recursos genéticos humanos, protección de los conocimientos tradicionales, acceso a medicinas. En el proceso se invitó a participar a un grupo de expertos en propiedad intelectual de diferentes disciplinas y se formó un comité (Steering Committee). Todos los documentos producidos a lo largo del Proceso de Diálogo se encuentran disponibles en: <http://www.wz-berlin.de/ipr-dialogue/>.

¹⁵⁵ Puede discutirse esta afirmación en la medida que un Estado puede expropiar bienes privados si es necesario.

Si bien las patentes pueden constituir una barrera de acceso a la salud, no es la única barrera de acceso en los países pobres. Las principales causas de la actual crisis global de salud son: una pobreza bastante generalizada, una inadecuada política de prioridades de parte de los Gobiernos, y el fracaso de los Estados y, en general, de la comunidad internacional de no proveer fondos públicos para aquella población que ni siquiera puede pagar medicamentos genéricos.

El uso de algunas de las flexibilidades previstas en el Acuerdo ADPIC, en especial, las licencias obligatorias, junto con un sistema de precios diferenciados va a mejorar bastante el actual status quo. Bajo un sistema de precios diferenciados los países más pobres tendrían acceso a medicamentos esenciales a precio de costo o inclusive más bajo (donaciones).

El sistema de precios diferenciados presupone establecer mercados compartimentados e impedir una re-importación de los productos a los países desarrollados¹⁵⁶. También presupone una renuncia de los Gobiernos de los países desarrollados a establecer precios referenciales. De otra forma serían incompatibles con I & D.

Los costos de I & D se recuperan en tal medida en los mercados de los países desarrollados, que los países menos desarrollados están exentos de contribuir a las utilidades y costos de I & D. Ello constituye una variante del principio moral de distribución de acuerdo con las necesidades, adaptada al mundo empresarial. Pero aparte de esta variante, lo que debe prevalecer es el principio de contribución (a la I & D) de acuerdo con la capacidad de pago.

Los gastos en I & D para enfermedades «descuidadas» debe incrementarse, incluyendo investigación financiada con fondos públicos y el uso de asociaciones públicas-privadas.

5.7 DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA

Existe un amplio consenso de que las empresas farmacéuticas tienen el deber moral de prestar ayuda a aquellos que están en necesidad y promover un mejor acceso a las medicinas para los más pobres. Sin embargo, no existe consenso de que esta obligación pueda ser calificada como un derecho humano¹⁵⁷.

También existe consenso de que el derecho a asistencia sanitaria obliga a los Estados, por ejemplo, a establecer una política de prioridades que apoyen el acceso a las medicinas, incluyendo fondos para el sistema de asistencia sanitaria o el uso de las flexibilidades y salvaguardas de ADPIC en materia de patentes. Estas obligaciones no implican necesariamente no tomar en cuenta la protección de la propiedad privada, porque - para algunos - ésta también constituye un derecho humano¹⁵⁸. A cambio de ello, las empresas tienen la obligación de no menoscabar las políticas estatales destinadas a procurar un mejor acceso a las medicinas.

En vista de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la naturaleza de los DPI, ambos como políticas públicas e instrumentos legales, constituye un deber del Estado de diseñar una política de propiedad intelectual de manera que el bien común, en especial

¹⁵⁶ Un sistema de precios diferenciados junto con otras prácticas anti-competitivas puede ser incompatible con algunas leyes de defensa de la competencia.

¹⁵⁷ La Declaración Universal de Derechos Humanos obliga a los Estados, no a empresas privadas.

¹⁵⁸ Esta afirmación – como es de suponerse – no está exenta de críticas. Para algunos, considerar que las propiedades de las empresas pueden ser un derecho humano implica un contrasentido. Para otros (sobre todo la industria), la noción de que el derecho sobre el conocimiento debe ser protegido como un derecho humano está igualmente subyacente en las demandas de proteger el derecho sobre los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas.

la salud pública, sea respetada. La Declaración de Doha sobre ADPIC y Salud Pública puede ser interpretada como una aplicación de este deber de los Estados.

Dentro de límites razonables, las empresas farmacéuticas deben mostrar su responsabilidad, es decir, buscar ayudar al bien común a través de donaciones y contribuciones en fondos y prácticas de precios diferenciados.

Así como los Estados tienen la obligación de integrar el respeto por el bien común en las legislaciones sobre propiedad intelectual, las empresas deben aceptar las flexibilidades de ADPIC y abstenerse de realizar cualquier lobby para alcanzar disposiciones ADPIC-plus, que impliquen un menoscabo del uso de estas salvaguardas.

CONCLUSIONES

1. En una economía globalizada los derechos de propiedad intelectual han asumido un rol fundamental. El valor cada vez mayor que fue adquiriendo el componente intangible de los bienes y servicios comercializables originó a que desde mitades de los 80 se buscara su vinculación con los temas de comercio. Con su incorporación al sistema multilateral del comercio en 1994 se produjo un cambio estructural en el sistema. En su momento se pensó que con el Acuerdo ADPIC las presiones bilaterales para aumentar el nivel de protección de los derechos de propiedad intelectual iban a concluir. Ello no ha sido así. Puede apreciarse también en los últimos tiempos una resistencia de parte de los países en desarrollo en contra de esta tendencia, sobre todo en temas vinculados con la salud pública y protección de la biodiversidad y conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. Por todo lo anterior, la elevación de los derechos de propiedad intelectual viene dándose en los últimos tiempos a cambio de concesiones comerciales en el marco de los Tratados de Libre Comercio.
2. El resultado del análisis costo - beneficio de la eventual ampliación de la protección de los derechos de propiedad intelectual es ambiguo, y está incluso en discusión si para los países desarrollados es conveniente dicha ampliación. En efecto, no queda claro si los beneficios futuros de la protección superan los costos actuales. No es fácil identificar el impacto de largo plazo, porque muchas otras variables contribuyen a generar el efecto benéfico (el crecimiento económico, por ejemplo) que se pretende atribuir a la protección a los DPI. Además, el mismo concepto de protección a los derechos no es fácilmente cuantificable y las estimaciones realizadas son muy subjetivas o reflejan con demasiada claridad el interés económico del autor. La ambigüedad persiste cuando se trata de evaluar el efecto sobre la actividad económica internacional: el comercio internacional, la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología. Sin embargo, a pesar de que la teoría económica no permite despejar la ambigüedad, en el caso de los países en desarrollo (entre los que se encuentran los países de la CAN) todo parece indicar que no conviene extender la protección de los DPI. Entre los varios indicios que se presentan en este informe, el más claro es la historia de los países desarrollados, pues ninguno de éstos otorgó una fuerte protección a los DPI en las etapas tempranas de su desarrollo.
3. La exigencia de aplicar más o menos ocho tratados internacionales junto con la suscripción del TLC requiere un estudio particular en cada caso, similar al presente, para evaluar su conveniencia y, en consecuencia, no debería aceptarse mientras no se cuente con los respectivos estudios. A priori sólo se cuenta con la conclusión de carácter general alcanzada, de que la mayor protección a los DPI no conviene a los países en desarrollo.

4. Los países diseñan las oficinas de propiedad intelectual de acuerdo al número y grado de complejidad de los expedientes a procesar, y a las características económicas del medio, de modo que la selección del sistema a utilizar responde también al costo relativo del capital y la mano de obra. Los países andinos han mecanizado en los últimos años sus procedimientos de registro en un grado tal que les permite atender – en términos generales - de manera satisfactoria los requerimientos de la demanda nacional. Cualquier alteración del procedimiento de registro que no responda a las características de la demanda nacional de los servicios y a los costos relativos de los factores, tendrá un costo que asumirán los usuarios o los contribuyentes del país. En donde aún puede trabajarse es en la capacitación del personal cualificado.
5. En cuanto a la pretensión de patentar materia viva, se debe tener en cuenta que el régimen de certificados de obtentor es más flexible que el sistema de patentes, atiende mejor las necesidades de los pequeños agricultores (privilegio del agricultor) y promueve la obtención de nuevas variedades vegetales (excepción del obtentor). Además, la adopción del Convenio UPOV en su acta de 1991 implica otorgar una protección a variedades tal como se encuentran en la naturaleza. Es decir que, se cuenta con un sistema de protección específico, más adecuado que el régimen de patentes, por lo que la imposición de éste llevaría a una duplicación innecesaria y costosa.
6. Cuando en cualquier sector tecnológico se pasa de un régimen de no protección por patentes a protección, es conveniente que la transición a un régimen de total protección se realice progresivamente y luego de un análisis del alcance de la protección de cada modalidad. El ordenamiento comunitario andino reconoce patentes farmacéuticas desde hace diez años, sin embargo, no parece aún adecuado otorgar una protección a todas las modalidades posibles en esta área.
7. La mayoría de invenciones relativas al uso de un producto conocido constituyen en realidad el descubrimiento de una propiedad existente del producto, antes que el desarrollo de una nueva propiedad o este nuevo uso cae dentro de las exclusiones a la patentabilidad de los métodos terapéuticos. En efecto, en el caso de los segundos usos de productos farmacéuticos conocidos, se trata en muchos casos de un conjunto de instrucciones a un médico que en sí no reúnen los requisitos de patentabilidad.
8. En la mayoría de legislaciones se excluyen a los métodos terapéuticos, quirúrgicos y de diagnóstico del campo de patentabilidad. En algunas, por consideraciones éticas y morales, en otras para que estos métodos de tratamiento puedan ser utilizados libremente, sin temor a estar infringiendo una patente. En otras legislaciones, como la de Estados Unidos, los métodos de tratamiento no figuran expresamente como una causal de exclusión de patentabilidad, pero en muchos casos se deniega la patente por no cumplir los métodos con los requisitos de patentabilidad, en particular, el requisito de aplicación industrial. Aun en las legislaciones donde es posible patentar los métodos de tratamiento son muy pocas las patentes que existen en esta área, debido a que su observancia es muy difícil y sólo podrá darse en el ámbito privado.
9. La extensión de los plazos de protección de las patentes retrasa el ingreso de productos genéricos al mercado. Se considera que el plazo de 20 años de duración de la patente, actualmente vigente en los Países andinos y que corresponde con el plazo mínimo prescrito en ADPIC, es más que suficiente para servir de incentivo a la I & D. En todo caso, de acuerdo a los estudios que existen de Colombia y Perú, una extensión de los plazos de protección de la patente por una demora injustificada en el procedimiento de concesión de cuatro años afectará a un porcentaje considerable de patentes (más de 30%), si, por el contrario, la extensión del plazo se produce por una demora en la concesión de más de cinco años, el % de patentes que se verán afectadas con esta medida se reduce considerablemente (alrededor del 15%).
10. De las causales por las que se está solicitando la extensión del plazo de vigencia de las patentes: demoras injustificadas en el otorgamiento de la patente y demoras injustificadas en la aprobación de la autorización de comercialización de los productos

farmacéuticos, la primera de ellas no se encuentra prevista en el ordenamiento norteamericano.

11. Los criterios para aplicar estas disposiciones tampoco están claros. En primer lugar, no se define cuándo la reducción del plazo es «injustificada» ni dónde debe haber ocurrido la demora (para los casos de demoras en la concesión de autorizaciones de comercialización). Lo que puede ser «injustificado» para un país puede no serlo para otro. Una aclaración de los alcances de este término, que tome en cuenta la realidad de las oficinas de propiedad industrial de los Países andinos – en especial en relación a las carencias personales y materiales que tienen - otorgará seguridad jurídica. Sin embargo, de no ser esto posible es más conveniente que el Tratado no incluya ninguna definición, sino que se deje a discrecionalidad de los Países determinar en el caso concreto si la demora ha sido injustificada o no. En segundo lugar, no existen normas para computar el plazo de extensión ni el período máximo de éste. A diferencia de ello, en los Estados Unidos existe un plazo máximo por demoras en la aprobación de la autorización de comercialización (cinco años con el tope máximo de 14 años desde el otorgamiento de la autorización de comercialización). En tercer lugar, en la medida que se trata de causales independientes, no está claro si es posible acumular la extensión de los plazos de vigencia y si existe un tope máximo. En cuarto lugar, no está claro el ámbito de aplicación de estas disposiciones, en particular si estas disposiciones se aplicarán a las patentes que a la entrada en vigencia del TLC estén vigentes.
12. La ampliación de la protección a productos farmacéuticos, por cualquier medio que en la práctica signifique una extensión del plazo, tiene un costo estimado para la CAN de un millón de dólares anuales por producto. Utilizando esta cifra se puede estimar el costo de extender el período de vigencia de las patentes en función del número de años que se extienda la protección, dato que actualmente no se conoce. Si el acuerdo fuese otorgar automáticamente una extensión de cinco años a cualquier solicitud de patente que supere los cuatro años, el costo podría alcanzar los 630 millones de dólares, monto que permitiría aumentar un 50% la inversión total en investigación y desarrollo de la Subregión andina. En cambio, si la extensión acordada (o el promedio) es de un año el costo sería la quinta parte del indicado, es decir que alcanzaría a 126 millones de dólares anuales.
13. La protección de los datos de prueba con derechos exclusivos le otorga al autor de los datos un mayor poder de mercado (sobre todo en el caso de productos no patentados), lo que le permite incrementar el precio del medicamento, lo cual redundaría en un menor acceso a los mismos por parte de la población. Ante una protección de datos de prueba, la empresa fabricante de genéricos tiene dos alternativas: elaborar sus propios datos (que en muchos casos por los costos involucrados no le será posible) o esperar que transcurra el plazo de los derechos exclusivos para solicitar vencido éste una autorización de comercialización. En ambos casos se retrasa el ingreso de productos genéricos al mercado. La protección de los datos de prueba tiene también una incidencia en las licencias obligatorias e importaciones paralelas, pudiendo dejar sin efecto los beneficios que estas figuras tienen en la promoción de una mayor competencia.
14. La fórmula de protección propuesta para los datos de prueba es ineficiente, pues el incentivo acordado (la extensión del plazo de la protección) no guarda relación con el costo de la generación de dichos datos, y el costo para la sociedad sería siempre mayor al afrontado por el beneficiario de la protección. Es preciso buscar una fórmula alternativa para evitar el costo social estimado en 12 millones de dólares, en que se respeten mejor los derechos de las partes interesadas. Aquí se propone que, para utilizar los datos, la empresa que ingresa al mercado pague una retribución a la empresa líder y que, de no ponerse de acuerdo las empresas, el gobierno fije el monto de la retribución.

15. En el supuesto negado que se acepte una protección de datos de prueba con derechos exclusivos, los Países andinos deben por lo menos buscar que ésta se limite a los casos en los que la autoridad exija la presentación de la información (no cuando la autoridad acepta como referencia la autorización concedida en el extranjero), se otorgue sólo con relación a verdaderamente nuevas entidades químicas (es decir, aquellas que la FDA califica como «*Number 1 Drug*» y que además esté clasificada como «*Priority Review*»), que la información divulgada (por su aparición en Internet o en manuales) no sea objeto de protección y que la autoridad sanitaria pueda exigir pruebas al solicitante sobre la elaboración de la información, limitando la protección (sólo) a aquella que sea resultado de una inversión significativa. De otro lado, debería dejarse claro que la empresa fabricante de genéricos puede iniciar los trámites para la aprobación de un producto farmacéutico o agroquímico durante el período de exclusividad. Asimismo, debería dejarse claro que los derechos de exclusiva de los datos de prueba no afectan el uso de los datos en los casos de licencias obligatorias o en los casos de emergencia nacional u otras razones de salud pública. Por último, podría preverse la conclusión de los derechos de exclusiva si se demuestra que el titular de éstos ha incurrido en abusos de sus derechos, por ejemplo, mediante precios excesivos o prácticas anti-competitivas.
16. La vinculación de la autorización de comercialización de un medicamento con la existencia de patentes de productos farmacéuticos impide que la autoridad sanitaria otorgue a un producto genérico una autorización de comercialización cuando exista la patente de un tercero sobre el producto. Esta disposición implica otorgarle a la autoridad sanitaria funciones que no le corresponden. La autoridad sanitaria evalúa si el producto es eficaz y seguro. No le corresponde negar u otorgar un registro sanitario sobre la base de la existencia o no de una patente sobre el producto. Los reclamos – en caso de que alguien obtenga una autorización de comercialización de un producto patentado – corresponde hacerlo al titular de la patente. Caso contrario, el Estado estaría asumiendo directamente la defensa de los derechos de los titulares de patentes. Esta norma desconoce la disposición del Preámbulo del Acuerdo ADPIC que establece que los derechos de propiedad intelectual son derechos privados, cuyo ejercicio y defensa son responsabilidad exclusiva de su titular. El costo económico de introducir esta disposición debe evaluarse desde dos perspectivas: de un lado, se carga a la autoridad sanitaria con nuevas funciones, de otro lado, las autoridades judiciales o administrativas encargadas de llevar a cabo los procesos de infracción de derechos de propiedad intelectual dejarán posiblemente de percibir ingresos. Debe también tomarse en cuenta la eventual responsabilidad que le corresponde al Estado ante posibles acciones resarcitorias por parte de empresas que se hubieran visto injustificadamente privadas de comercializar un producto a consecuencia de esta disposición.
17. No se ha limitado la vinculación para los casos donde se solicite la comercialización del producto tal como está patentado, sino que teóricamente podría comprenderse formulaciones farmacéuticas, combinaciones de productos conocidos, diferentes sales de productos conocidos, variantes de procesos de fabricación, y en general otros tipos de patentes farmacéuticas que protegen un «producto». Es necesario, por lo menos, restringir la vinculación a las patentes sobre las «sustancias activas o ingredientes activos».
18. El agotamiento de los derechos fija el límite del derecho de exclusiva y el principio de libre circulación de los productos. El agotamiento internacional de los derechos permite las importaciones paralelas. De esta manera es posible una mayor competencia en el mercado con el beneficio de reducción de los precios de los productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual. En la Declaración de Doha sobre el Acuerdo de los ADPIC y Salud Pública se dejó claro que los Países están en libertad de regular a nivel nacional el tipo de agotamiento que mejor convenga a sus intereses. Un agotamiento nacional de los derechos permite fijar a los titulares

de un derecho de propiedad intelectual un precio que maximiza sus utilidades en cada mercado nacional para elevar su rentabilidad global.

19. En caso de prohibirse las importaciones paralelas, el costo social en los Países andinos se originaría, en primer lugar, en la diferencia entre los precios de adquisición de los productos, y sería proporcional a los volúmenes que se dejarían de importar. En el caso de los productos farmacéuticos esta elevación de los precios de los productos bajo protección atentan contra la salud de la población pobre. No se cuenta con información sobre la magnitud que alcanzaría la elevación de los precios en los países de la CAN, pero se puede suponer que es importante, ya que en la Unión Europea se detectaron diferencias de precios del orden de 65%. Otros costos se presentarán por la complicación en el trámite aduanero, su control y la corrupción a que podría dar lugar.
20. Aunque hasta la fecha la figura de las licencias obligatorias no ha sido mayormente utilizada en los países de la CAN es importante permitir su utilización para evitar abusos del titular de la patente. Es posible que la existencia misma del régimen de licencias actúe como un factor que favorezca la concesión de licencias voluntarias en condiciones razonables. En tal sentido, cualquier propuesta que trate de limitar las causales por las que procede el otorgamiento de las licencias obligatorias no debería permitirse. En este punto, ADPIC ha sido claro en dejar a los países en libertad de regular libremente las causas por las que procede el otorgamiento de una licencia obligatoria.
21. En muchos casos, el poco empleo de las licencias obligatorias se debe a los requisitos previstos para su concesión (ejecutar industrialmente la invención), así como a la existencia de una serie de características de los mercados de los países de la CAN, a saber: tamaño del mercado nacional, insuficiencia de la descripción de la tecnología requerida, carencia de capacidad de producción local, entre otros. En los Estados Unidos se otorgan una a dos licencias obligatorias por año, principalmente para corregir prácticas anti-competitivas. En ellas se prevén cláusulas como la inclusión de licencias obligatorias de patentes presentes y futuras (por ejemplo, las que se obtengan en cinco años), así como la obligación de dar asistencia técnica y transferir el know-how de fabricación, requisito este último que estaría solicitándose en las negociaciones actuales no poder ser exigido en el otorgamiento de una licencia obligatoria.
22. El objetivo de un eventual régimen de protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas no es poner trabas a la prospección de las empresas biotecnológicas sino, al contrario, facilitar la firma de convenios entre estas empresas y los poseedores de los conocimientos. Es necesario que el Estado intervenga para reducir las fallas del mercado que llevan a que exista una brecha enorme entre lo que los eventuales usuarios están dispuestos a pagar por los CT y lo que reciben actualmente las poblaciones nativas por sus conocimientos. Entre las fallas del mercado a reducir se encuentran los costos de transacción actuales, que son muy elevados, la «distancia cultural» entre vendedores y compradores, la desconfianza y la falta de información que dificultan la firma de convenios, etc. para aprovechar, a favor de las pobrísimas poblaciones ricas en CT, aunque sea una mínima parte de los millones que «la empresa solicitante podría estar dispuesta a pagar», es decir, de la diferencia entre el valor económico de los CT y su valor actual de mercado.
23. En el problema de acceso a medicinas y salud pública los derechos de propiedad intelectual y en especial el derecho de patentes juegan un rol fundamental. Por ello, a nivel internacional se ha previsto de una serie de salvaguardas que buscan flexibilizar el sistema (licencias obligatorias, importaciones paralelas, uso de datos de prueba por parte de un tercero, excepción Bolar). Los países andinos deben hacer uso de estos instrumentos y aprovecharse de los logros que a nivel internacional se han alcanzado (Declaración de Doha sobre ADPIC y salud pública, Decisión del Consejo General del 30 de agosto de 2003). Pero los derechos de propiedad intelectual no son la única barrera para el acceso a medicinas. La pobreza de los países, la falta del

establecimiento de una política de prioridades y la carencia de fondos públicos para atender los requerimientos de la población que ni siquiera tiene acceso a medicinas genéricas constituyen en muchos casos las principales causas. Por ello el uso de las flexibilidades previstas en el sistema de propiedad intelectual debe combinarse con el mecanismo de precios diferenciados.

24. Los costos de I & D se recuperan en tal medida en los mercados de los países desarrollados, que los países menos desarrollados están exentos de contribuir a las utilidades y costos de I & D. Ello constituye una variante del principio moral de distribución de acuerdo con las necesidades aplicada al mundo empresarial.
25. La imposición de estándares globales en propiedad intelectual favorece a los países desarrollados. Para combatir los desbalances y la carencia de reciprocidad, se ha prometido una compensación en el sector comercial para textiles, productos agrícolas, así como transferencia de tecnología. Hasta la fecha estas promesas no han sido cumplidas.



Implicancias en el Mecanismo de Solución de Controversias

Fabián Novak

El presente informe tiene como propósito, absolver diversas interrogantes alcanzadas por la Secretaría General de la Comunidad Andina (CAN) y los Países Miembros, en relación al impacto que tendrán los acuerdos comerciales (y, en particular, sus esquemas de solución de controversias) que vienen negociando los Estados que conforman este proceso de integración, tanto a nivel bilateral (TLC con los Estados Unidos de América) como multilateral (Acuerdo de Libre Comercio de las Américas – ALCA), en el ordenamiento jurídico andino y, en los países andinos.

Para tal efecto, el presente estudio ha tomado en cuenta los diferentes sistemas de solución de controversias existentes en la práctica internacional así como aquellos incorporados en tratados de libre comercio donde han participado Estados Unidos y países en desarrollo. Asimismo, se han analizado las normas pertinentes del Derecho Internacional Público y del Derecho de integración, en particular, las del ordenamiento jurídico andino. De igual modo, se ha consultado la bibliografía existente sobre cada tema objeto de esta consultoría e incluso la práctica que viene desarrollándose en algunos acuerdos de libre comercio, como es el caso de la OMC o del TLCAN.

En este sentido, luego de concluida la fase de investigación y de analizar los siete puntos materia de la presente consultoría, es posible señalar en cada caso, lo siguiente:

PARTE I: ANÁLISIS

- 1. Efectos del ALCA y del TLC en las relaciones jurídicas entre los Países Miembros de la Comunidad Andina y su incidencia sobre el ordenamiento comunitario y su Sistema jurisdiccional. En especial, se determinará qué naturaleza debería tener el TLC con los Estados Unidos (bilateral, plurilateral, etc.) y cuál sería la opción más conveniente para los países andinos y para el ordenamiento jurídico andino. Asimismo, se estudiará la conveniencia de introducir en el texto del ALCA disposiciones específicas que regulen las relaciones jurídicas entre los Países Miembros de la Comunidad Andina. El análisis deberá tener en cuenta posibles situaciones de colisión entre el ordenamiento jurídico andino y el ordenamiento impuesto por el ALCA y el TLC, así como el tema de la jurisdicción exclusiva imperante en la CAN o el de la jurisdicción alternativa prevista en el CAFTA (modelo similar al propuesto a los países andinos).*

En cuanto a la naturaleza que debería tener el TLC que viene siendo negociado entre los países andinos y los Estados Unidos de América, debemos partir por señalar las distintas alternativas que podrían ser asumidas por las Partes, en relación a sus relaciones jurídicas a partir de este tratado, a efectos de determinar sus posibles efectos. En este sentido, son tres los posibles escenarios que pueden presentarse:

1.1. UN TLC PLURILATERAL:

Antes de analizar las consecuencias que podrían derivarse de la adopción de un esquema plurilateral en el tratado de libre comercio a celebrarse entre los Países Andinos y los Estados Unidos de América, conviene precisar qué debemos entender por tratado plurilateral.

En este sentido, se puede afirmar que los tratados plurilaterales son definidos por la doctrina de los publicistas,¹ como aquellos acuerdos que involucran a tres o más Estados, con carácter cerrado (esto es, sin vocación de integrar nuevos Estados) y donde los derechos y obligaciones son recíprocos para todas las Partes entre sí. Por tanto, estos acuerdos se diferencian de los tratados multilaterales, en el hecho de que estos últimos se encuentran abiertos a la incorporación de cualquier Estado. Así lo entienden los profesores Nguyen, Daillier y Pellet:

La distinción principal, plenamente 'operativa', es la existente entre *tratados bilaterales* y *tratados multilaterales*. Ciertos autores consideran que entre esas dos categorías existe una categoría intermedia constituida por los *tratados plurilaterales* que designa a los tratados cuyo número de partes, superior a dos, es limitado, mientras que en principio los tratados multilaterales pueden tornarse tratados universales. (Por lo demás) La práctica no revela diferencias sustanciales entre el régimen jurídico del tratado plurilateral y del tratado multilateral.² (El paréntesis es nuestro)

Pues, precisamente, este esquema podría ser asumido en el TLC que vienen negociando los países andinos con los Estados Unidos de América. De hecho, en el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos (CAFTA) —que es precisamente el modelo planteado a los países andinos— se asume un esquema plurilateral. Así, en el artículo 2.1 del CAFTA se define a las «Partes» como «todo Estado respecto del cual haya entrado en vigor este Tratado» mientras su artículo 1 señala que «Las Partes de este Tratado [...] establecen una zona de libre comercio». En consecuencia, se adopta un esquema claramente plurilateral, pues los derechos y obligaciones contenidos en el tratado operan para todas las Partes entre sí.

Sin embargo, si se adoptara este mismo modelo en el TLC de los países andinos con los Estados Unidos, se generarían en nuestro concepto consecuencias negativas e inconvenientes para los países andinos participantes y para el ordenamiento jurídico andino en general.³ Concretamente:

- a) Se presentaría la coexistencia o superposición de *dos regímenes jurídicos paralelos* que regularían las relaciones comerciales entre países de la Subregión Andina, en tanto muchas materias serían reguladas al mismo tiempo por el TLC y el ordenamiento jurídico andino.⁴ Si bien parte de esta regulación común puede resultar armónica o coincidente, otra parte puede no serlo. Un ejemplo, lo tenemos en la Decisión 571 de la Comunidad Andina, que incorpora las disposiciones relativas a valoración aduanera de la OMC (Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994) o la adopción en la Decisión 456 de la Comunidad Andina sobre Dumping, de las reglas establecidas en el artículo VI del Acuerdo antes mencionado. Aquí vemos una coexistencia en el tiempo de ambos ordenamientos sustantivos pero también de sus respectivos mecanismos de solución de diferencias. Precisamente, ante la ocurrencia de esta eventualidad, resulta necesario prever posibles soluciones.

¹ NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. *Derecho Internacional Público*. Tomo I: Introducción y Fuentes. Lima: Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 146.

² NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 123.

³ Los dos problemas o conflictos (normativo y jurisdiccional) que suelen presentarse en la relación acuerdos de libre comercio – acuerdos regionales de integración, son también señalados por KWAK, Kyung y Gabrielle MARCEAU. «Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the WTO and RTAs». En: *Conference on Regional Trade Agreements World Trade Organization*. 26 de abril de 2002, p. 1. Véase también TRACHTMAN, Joel. «Trade and...». En: *American Journal of International Law*. Vol. 96, Nº 1, 2002, p. 77.

⁴ Véase OROPEZA GARCÍA, Arturo. «La Solución de Controversias en el ALCA: Un Marco Comparativo». En: *De cita: Solución de Controversias*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, mayo de 2004, p. 27.

La primera consistiría en establecer una cláusula que resguarde la primacía del ordenamiento jurídico andino en caso de oposición con lo dispuesto en el TLC, lo que guardaría coherencia con el principio de supremacía o prevalencia que rige todo ordenamiento jurídico comunitario y, en particular, el andino. Esta primacía ha quedado por lo demás suficientemente consagrada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CAN,⁵ el cual ha llegado incluso a señalar que los Países Miembros de este proceso de integración se encuentran impedidos de adoptar medidas (como la celebración de tratados internacionales) que puedan afectar el ordenamiento jurídico de la Comunidad.⁶

Esta primera fórmula, también guardaría coherencia con el carácter autónomo del Derecho Comunitario Andino, por el cual, este último no se encuentra subordinado a los tratados internacionales que eventualmente celebraran los Países Miembros, según lo ha confirmado el Tribunal de Justicia Andino.⁷

Si bien no existe un precedente que podamos citar, lo cierto es que más de un tratado de libre comercio contempla esta cláusula de primacía. Así tenemos el artículo 103 del TLC de América del Norte, cuyo inciso 2 consagra la prevalencia del TLCAN sobre las disposiciones de los Acuerdos de la OMC. Así señala:

2. En caso de incompatibilidad entre tales acuerdos y el presente Tratado, este prevalecerá en la medida de la incompatibilidad, salvo que en el mismo se disponga otra cosa.⁸

Cosa distinta ocurriría con la segunda alternativa. Esta consistiría en establecer una cláusula que consagre mas bien la primacía de las disposiciones del TLC sobre las del ordenamiento jurídico andino, opción que ha sido precisamente tomada por el CAFTA. En efecto, en el artículo 1.3.2 del CAFTA se consagra la supremacía del TLC sobre el ordenamiento jurídico centroamericano, al señalar que: «las Partes Centroamericanas (podrán) mantener sus instrumentos jurídicos existentes de la integración Centroamericana, adoptar nuevos instrumentos jurídicos de integración, o adoptar medidas para fortalecer y profundizar esos instrumentos, siempre y cuando esos instrumentos y medidas no sean inconsistentes con este Tratado». De esta manera, tanto el *mantenimiento* del ordenamiento comunitario centroamericano como su *modificación*, quedan condicionados a su compatibilidad con las disposiciones del TLC.

⁵ La jurisprudencia andina en este campo es cuantiosa. En un caso, el Tribunal señaló: «[...] 2. Preeminencia del Derecho Andino.- En primer término, se hace necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista». Véase TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia de 3 de diciembre de 1987, publicada en la Gaceta Oficial N° 28 el 15 de febrero de 1988. Asimismo, el Tribunal ha señalado que un Estado no puede alegar la necesidad de cumplir con otra obligación internacional previamente adquirida, como justificación para incumplir una obligación comunitaria: «[...] el argumento resulta inaceptable para el Tribunal, en primer lugar, porque supone, sin razón valedera, la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos diferentes de carácter internacional que permitirían que los Países Miembros justificaran sus actuaciones a su elección, sujetándose al que encontraran más conveniente y dejando de cumplir el que les resultara desfavorable o inconveniente y que, en esa medida, uno fuera subalterno o dependiente del otro; y, en segundo lugar, porque pretende la convalidación, a contrapelo de lo que expresan las normas comunitarias, de la facultad de emitir normas de derecho interno con la finalidad de ajustar o hacer compatibles las normas comunitarias a los otros ordenamientos internacionales a los que también estén sujetos, de manera individual o conjuntamente con los otros países andinos, cuando, a su juicio, se presente entre tales ordenamientos alguna incongruencia o discordancia». Véase TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, Proceso 14-AN-2001, del 1 de febrero del 2002. Véase también el Proceso 89-AI-2000, publicado en la Gaceta Oficial N° 722 del 12 de octubre de 2001, y la Sentencia de 21 de julio de 1999 dictada en el Proceso 7-AI-98. En esta última el Tribunal señaló: «La circunstancia de que los países miembros de la Comunidad Andina pertenezcan a su vez a la Organización Mundial del Comercio no los exime de obedecer las normas comunitarias andinas so pretexto de que se está cumpliendo con las de dicha organización o que se pretende cumplir con los compromisos adquiridos con ella. Ellos sería ni mas ni menos que negar la supremacía del ordenamiento comunitario andino que como se ha dicho es preponderante no solo respecto de los ordenamientos jurídicos internos de los Países Miembros sino de los otros ordenamientos jurídicos internacionales a que éstos pertenezcan». Véase NOVAK, Fabián. «La Comunidad Andina y su Ordenamiento Jurídico». En: *Derecho Comunitario Andino*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) – Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, pp. 72-77.

⁶ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso N° 34-AI-2001: «[...] los Países Miembros quedan limitados *motu proprio* en el ejercicio de su potestad normativa y, en consecuencia, quedan impedidos de dictar providencias o contraer compromisos, aun de alcance internacional, que menoscaben o contraríen el ordenamiento comunitario».

⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia dictada en el Proceso 34-AI-2004: «El ordenamiento jurídico andino es autónomo y la aplicación de las normas comunitarias que lo conforman no depende de las de otros ordenamientos internacionales, ni debe sujetarse a que guarden compatibilidad o conformidad con ellas».

⁸ La misma disposición la encontramos en el artículo 4.4 del Capítulo II del ALCA, cuando dispone: [Las Partes confirman los derechos y obligaciones vigentes entre ellas conforme el Acuerdo de la OMC. En caso de incompatibilidad entre las disposiciones del Acuerdo de la OMC y las disposiciones de este Acuerdo, estas últimas prevalecerán en la medida de la incompatibilidad].

De adoptarse este esquema en el TLC de los países andinos con los Estados Unidos de América, se producirían varias consecuencias inconvenientes:

- I) Primero, se estarían violando los principios ya mencionados de supremacía y autonomía que caracterizan el ordenamiento jurídico andino y que impiden a los Estados Miembros asumir compromisos internacionales que contraríen dicho ordenamiento. Esta prohibición opera incluso en el ámbito general del Derecho de los Tratados. Como señala De la Guardia:

Si una cláusula del tratado prohíbe la concertación de acuerdos incompatibles con él, la cláusula puede quedar sin efecto tácitamente cuando las partes de ambos tratados sean las mismas, pues nada puede impedir que en el segundo tratado modifiquen o abroguen el tratado anterior que ellas mismas celebraron. Estamos aquí en pleno *ius dispositivum*, en el cual la voluntad de las partes es la ley. *Otra cosa es si algunas partes del tratado posterior no son las del anterior, pues la finalidad de la cláusula es 'prohibir a los Estados contratantes que celebren acuerdos entre sí que vayan en detrimento de las obligaciones de carácter general por ellas contraídas en virtud de una convención'.*⁹

- II) Segundo, como consecuencia de lo anterior, Colombia, Ecuador y Perú serían sujetos pasibles de ser demandados ante el Tribunal de Justicia de la CAN, por violar e incumplir el ordenamiento jurídico andino (Acción de Incumplimiento). El ordenamiento jurídico andino establece la acción de incumplimiento precisamente para controlar el comportamiento de los Estados Miembros en relación a la normatividad andina. Así lo entiende también el Tribunal de Justicia de la Comunidad:

Esta acción, establecida y regulada en los artículos 23 a 27 del Tratado de Creación constituye el instrumento por excelencia, mediante el cual el Tribunal está llamado a vigilar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Países Miembros de acatar y no obstaculizar la aplicación de las normas que constituyen el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.¹⁰

- III) Tercero, se pondría en peligro el *mantenimiento y desarrollo* del ordenamiento jurídico andino mismo, al condicionarlo a su compatibilidad con el TLC, con lo cual, se pone en riesgo el futuro de todo el proceso de integración.

En consecuencia, esta segunda alternativa resulta a todas luces inconveniente.

La tercera y última alternativa consistiría en no establecer ninguna cláusula en el TLC que resuelva posibles incompatibilidades con el ordenamiento jurídico andino. En otras palabras, esta alternativa implicaría guardar silencio en torno a la posibilidad de superposición o

⁹ Véase DE LA GUARDIA, Ernesto. *Derecho de los Tratados Internacionales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997, p. 213. En el mismo sentido, se ha pronunciado la COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Informe sobre los Artículos de la Convención de Viena de 1969*, p. 49.

¹⁰ Véase SALAZAR MANRIQUE, Roberto. «Fundamentos Jurídicos del Derecho Comunitario Andino (Documento de Trabajo)». En: TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA – COMUNIDAD EUROPEA – CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. *Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica y Derecho Comunitario. Modelos Europeos y Americanos*. Quito: Artes Gráficas Señal, 1997, pp. 109-110. NOVAK, Fabián. *Ob. cit.*, 2003, pp. 87-89. Véase TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Proceso N° 07-AI-99 del 12 de noviembre de 1999. En el mismo sentido véase la sentencia dictada en el Proceso N° 43-AI-99.

De otro lado, el inciso 5 del artículo 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, relativo a la celebración de tratados sucesivos sobre la misma materia, señala que no prejuzga «ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro Tratado».

coexistencia de dos ordenamientos jurídicos paralelos, el del TLC y el de la CAN. En este supuesto, podría resultar aplicable (se aplicaría) lo dispuesto por el artículo 30, incisos 1 y 4 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969,¹¹ el cual dispone:

Artículo 30

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados Partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.

[...]

4. Cuando las Partes en el tratado anterior no sean todas ellas Partes en el tratado posterior
 - a) en las relaciones entre los Estados Partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3.
 - b) En las relaciones entre un Estado que sea Parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocas se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean Partes.

El artículo transcrito, consagra el principio de relatividad de los tratados, según el cual, se plantea la ausencia de efectos jurídicos de un tratado frente a terceros.¹² Tenemos entonces dos órdenes de relaciones jurídicas: un primer orden, constituido solamente por los Estados que son Parte en ambos tratados y un segundo orden constituido por los Estados que sólo son parte en uno de ellos. En este último supuesto, la Convención señala que serán aplicables las disposiciones del tratado en el que todos los Estados son Parte (en el caso concreto, serán los tratados que conforman el ordenamiento jurídico andino). Aquí no existiría entonces, problema alguno.

Sin embargo, en el primer caso, la Convención de Viena plantea una solución distinta, pues sostiene que entre los Estados Partes en ambos tratados (Colombia, Ecuador y Perú), el tratado anterior (entiéndase, el que conforma la CAN) se aplicará «únicamente» si sus disposiciones son compatibles con las del tratado posterior (en el caso, las del TLC). Esta solución implicaría entonces la primacía de las disposiciones del TLC sobre las del ordenamiento jurídico andino, lo que trae las mismas tres consecuencias negativas señaladas anteriormente para la segunda alternativa.

Más aún, podríamos preguntarnos en qué medida resulta aplicable el artículo 30(4) de la Convención de Viena, relativo a tratados sucesivos, cuando uno de ellos es un tratado de integración. En otras palabras, deberíamos establecer si es posible descomponer en dos órdenes las relaciones jurídicas del TLC y de la CAN, en caso se asuma en el primero un esquema plurilateral. Y es que, la solución del artículo 30(4) parte del supuesto que resulta posible la aplicación simultánea de dos órdenes jurídicos, lo que resulta difícil -sino imposible— de imaginar en el presente caso. Como señalan Thierry y Combacau, en relación al artículo 30:

La cuestión principal estriba en saber si es posible descomponer en dos órdenes las relaciones jurídicas, cuestión que depende de los tratados mismos, *si es que ellos permiten tal descomposición y si además es posible su aplicación simultánea, de manera tal que puedan cumplirse las obligaciones que nacen de ambos tratados, o si debe darse prioridad a unas sobre otras.*¹³ (Las cursivas son nuestras)

¹¹ La Convención de Viena citada resulta aplicable a los tres países andinos que vienen negociando el TLC. Así, Colombia ratificó este tratado el 10 de abril de 1985; Perú lo hizo el 14 de setiembre del 2000 y Ecuador en el 2004. De otro lado, respecto a la posibilidad de aplicar estas normas del Derecho Internacional Público a acuerdos comerciales entre Estados, véase KWAK, Kyung y Gabriella MARCEAU. *Ob. cit.*, pp. 6-7; y PAUWELYN, Joost. «The Role of Public International Law in The WTO: How far can we go». En: *American Journal of International Law*. N° 95, 2001.

¹² NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. *Ob. cit.*, p. 202.

En el mismo sentido, sostiene Reuter:

La redacción del artículo 30,4, pone de manifiesto que los dos tratados deben ser compatibles con la disociación, y esto sólo es posible si el tratado o los tratados multilaterales en cuestión (uno de ellos, por lo menos, es necesariamente multilateral) *pueden dividirse en una serie de compromisos bilaterales independientes sin perder su razón de ser*. Esto parece posible —por lo menos en la mayoría de los casos— para una convención consular multilateral o una convención que unifique las normas nacionales del derecho privado. Pero no siempre ocurrirá así, y *en ese caso el segundo tratado se verá como una violación del primero [...]*¹⁴ (Las cursivas son nuestras).

Todo esto nos lleva a concluir que si se escogiera la alternativa plurilateral para el TLC con los Estados Unidos, tendría que incorporarse una cláusula donde se resguarde la primacía del Derecho Comunitario Andino sobre las disposiciones del TLC, pues de lo contrario, en aquellas materias reguladas por el Derecho comunitario y en la medida de la incompatibilidad, se podrían violar principios del ordenamiento andino —primacía y autonomía— que colocarían a Colombia, Ecuador y Perú como sujetos pasibles de ser demandados ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad, a través de la acción de incumplimiento, además de poner en peligro el mantenimiento y desarrollo del proceso mismo de integración andino.

- b) Asumir un esquema plurilateral en el TLC con Estados Unidos puede también implicar una superposición en los mecanismos de solución de controversias. En este sentido, Kwak y Marceau sostienen que los problemas de jurisdicción entre un acuerdo de libre comercio y un acuerdo de integración regional pueden presentarse en tres formas distintas:¹⁵
- a) cuando los dos acuerdos establecen una jurisdicción exclusiva de su órgano de solución de diferencias;
 - b) cuando los dos acuerdos establecen una jurisdicción opcional; y
 - c) cuando un acuerdo establece la jurisdicción exclusiva de su órgano de solución de diferencias y, el otro, una jurisdicción opcional. Es esta última modalidad, la que precisamente se presenta en este caso.

En efecto, en el caso del CAFTA (modelo para el TLC con los países andinos), las controversias entre los Estados Miembros pueden resolverse indistintamente, según el procedimiento establecido en dicho acuerdo, o conforme al procedimiento previsto en cualquier acuerdo del que sean Parte los Estados contendientes, incluyendo aquellos previstos en el Sistema del Mercado Común Centroamericano (artículo 20.3).¹⁶

Si bien esto resulta posible en el marco de algunos procesos de integración como el centroamericano¹⁷ y, en otros acuerdos de libre comercio,¹⁸ no lo es en el ámbito del ordenamiento jurídico andino, pues en éste existe una jurisdicción exclusiva o privativa del Tribunal de Justicia Andino. En efecto, el artículo 42 del Tratado Constitutivo del Tribunal dispone que:

¹³ THIERRY, Hubert y otros. *Droit International Public*. París: Montchrestien, 1986, p. 115.

¹⁴ REUTER, Paul. *Introducción al Derecho de los Tratados*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 158-159.

¹⁵ KWAK, Kyung y Gabrielle MARCEAU. *Ob. cit.*, p. 3. En el mismo sentido, véase LOWE, Vaughan. «Overlapping Jurisdictions in International Tribunals». En: *Australian Year Book of International Law*. Vol. 20, 2000, p. 12.

¹⁶ Artículo 20.3: «Cualquier controversia que surja en relación con este tratado y en relación con otro tratado de libre comercio al que las Partes contendientes pertenezcan, o en relación al Acuerdo sobre la OMC, podrá ser resuelta en el foro que escoja la Parte reclamante».

Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado.¹⁹

Esto implica que los Países Miembros de la Comunidad Andina, en las controversias entre sí y sobre materias que se encuentran reguladas simultáneamente en el ordenamiento comunitario y otros tratados internacionales, se encuentran impedidos de pactar o acudir a sistemas distintos a los previstos en el tratado del Tribunal de Justicia de la CAN.²⁰ Incluso, como señala Piérola:

[...] en el ordenamiento jurídico andino no se prevé ningún mecanismo de coordinación con otros mecanismos de solución de diferencias de los que también podrían formar parte los Estados andinos. Por lo tanto, la ocurrencia de diferencias entre ellos no es necesariamente conocida por los demás miembros del sistema GATT/OMC, a pesar de que podrían versar sobre disposiciones también recogidas en las normas de este sistema.²¹

Por tanto, el sometimiento de Estados Miembros de la Comunidad Andina a otros mecanismos de solución alternativos en materias que se encuentren reguladas por el Derecho comunitario, no sólo implicaría por parte de éstos una violación del ordenamiento jurídico comunitario sino también y como consecuencia de ello, abrir la posibilidad de que dichos Estados puedan ser demandados ante el Tribunal Andino (mediante la Acción de Incumplimiento), por los otros Estados Miembros, por la Secretaría General o incluso por particulares.

Por lo expuesto, creemos que si se opta por plasmar en el TLC un esquema plurilateral, no debe acordarse entre los países andinos que vienen negociando el TLC un sistema de solución de controversias paralelo al previsto en el ordenamiento jurídico andino, sino que dicho mecanismo debe limitarse exclusivamente a la resolución de las diferencias que sobre el TLC surjan entre un país andino y los Estados Unidos.

¹⁷ Esto debido a que el Mecanismo de Solución de Controversias comerciales de naturaleza arbitral, aprobado por el Consejo de Ministros de Integración Económica Centroamericana (Resolución 106-2003) no tiene carácter privativo, sino que permite a los Estados Miembros elegir el foro en el que pueden resolver sus disputas.

¹⁸ Así, resulta interesante señalar que en el TLC entre Chile y Estados Unidos de América, se asume el mismo esquema (artículo 22.3). Así, se establece: «1. Las controversias que surjan en relación con lo dispuesto en este tratado y en cualquier otro tratado de libre comercio en que ambas Partes sean Parte o en el Acuerdo sobre la OMC, podrán resolverse en uno de esos foros, a elección de la Parte reclamante». Esta jurisdicción opcional es también contemplada en el TLC entre Chile y Corea del Sur (artículo 19.3), y en el TLC entre Chile y Canadá. Sin embargo, se debe tener presente que Chile no forma parte de proceso de integración alguno, por lo cual, puede asumir libremente el contenido de este artículo, sin afectar obligaciones comunitarias. Véase FERNÁNDEZ, Macarena, Felipe ALLARD y Andrés MERINO. «Mecanismos de Solución de Controversias contenidas en el Acuerdo de Asociación Política, Económica y de Cooperación entre Chile y la Unión Europea: en el tratado de Libre Comercio entre Chile y Corea del Sur y en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos». En: www.vamericas.net/v2/entheos/index.php?download=mecanismos.pdf, pp. 128-129. Asimismo, la jurisdicción opcional se contempla en el TLC celebrado entre Estados Unidos, Canadá y México (artículo 2005). Aquí se señala que cuando surja una controversia en relación a lo dispuesto en el TLC y que también lo sea conforme al GATT, así como por convenios negociados según el mismo o por acuerdo sucesor de aquél, tales controversias podrán resolverse en uno u otro foro, a discreción de la Parte reclamante. Véase SIQUEIROS, José Luis. «La Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte (NAFTA)». En: *Dimensión Jurídica de la Integración. Estudio de los Métodos de Solución de Controversias en los Esquemas Regionales y Subregionales de Integración o Libre Comercio en el Hemisferio*. Washington DC: Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA), 1995. Al respecto, también debe remarcarse que ninguno de los tres países involucrados en este TLC, pertenecen a un acuerdo de integración como el andino. Finalmente, debemos referir que también se sigue este modelo en el TLC celebrado entre los Estados Unidos de América y Marruecos (art. 20.4, inciso 1) y en el TLC celebrado entre los Estados Unidos de América y el Reino de Jordania del 24 de octubre del 2000 (art. 17, inciso 1, literal e, e inciso 4, literal c).

¹⁹ Previamente, el artículo 47 del Acuerdo de Cartagena establece: «La solución de controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, se sujetará a las normas del tratado que crea el Tribunal de Justicia». Véase KWAK, Kyung y Gabrielle MARCEAU. *Ob. cit.*, p. 41.

²⁰ Véase PIÉROLA CASTRO, Fernando. *Solución de Diferencias en la Organización Mundial de Comercio*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) — Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 183.

²¹ *Idem*.

Como ejemplo, podría mencionarse el tratado de creación del Grupo de los Tres (G-3), cuyo artículo 19-04, titulado «Solución de Controversias conforme al Acuerdo de Cartagena», dispone:

1. Las Partes se someterán a las reglas de competencia que a continuación se enuncian:
 - a) Las controversias que surjan entre Colombia y Venezuela en relación con lo dispuesto tanto en este Tratado como en el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, se someterán a la competencia de los órganos del Acuerdo de Cartagena;
 - b) Las controversias que surjan entre Colombia y Venezuela en relación con los compromisos adquiridos exclusivamente en este tratado serán resueltos conforme a las disposiciones de este capítulo;
 - c) Las Controversias que surjan entre México y cualquiera de las otras Partes en relación a lo dispuesto en este tratado serán resueltas conforme a las disposiciones de este capítulo; [...]²²

Al respecto, se podría objetar que de adoptarse esta fórmula, los terceros interesados podrían verse afectados. En otras palabras, de surgir una controversia entre dos países andinos y de ser llevada ésta a la solución del Tribunal de Justicia de la CAN, se podría preguntar ¿qué sucede si Estados Unidos tiene un interés legítimo y directo en esta causa? ¿acaso podría intervenir en el proceso ante el Tribunal andino? Pues en principio, nada lo impide. Por el contrario, el artículo 72 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la CAN es bastante amplio y no establece limitación alguna para la participación de cualquier «sujeto» que tenga «interés jurídico sustancial en el proceso».²³ En consecuencia, los intereses de las demás partes del acuerdo no se verían afectadas con esta fórmula de solución.

Otra posible fórmula de entendimiento sería la de establecer la primacía del foro regional. Aquí podría mencionarse como ejemplo el numeral 42 del Borrador de Acuerdo del Grupo de Solución de Controversias del ALCA, del 3 de julio del 2001, donde con buen criterio se establecía la prevalencia del foro regional con respecto al del ALCA y únicamente para éste se planteaba la posibilidad de elegir foro con respecto al de la OMC.²⁴

1.2. VARIOS TLC BILATERALES:

Una segunda posibilidad es que se celebren varios TLC bilaterales (Colombia-USA, Ecuador-USA, Perú-USA), lo que, sin duda, evitaría la superposición de ordenamientos jurídicos y de los mecanismos de solución de controversias. Sin embargo, tampoco se trataría de un esquema exento de problemas.

En efecto, negociar varios TLC paralelos puede implicar la consagración en ellos de diversas concesiones y disposiciones entre sí, vale decir, TLC´s bilaterales de diferente contenido y alcance, lo que haría más difícil su armonización con la normativa andina y con la dinámica del comercio intracomunitario. Por esta razón, se sugiere una variante que desarrollamos en el siguiente punto.

²² Véase COMITÉ TRIPARTITO DE LA UNIDAD DE COMERCIO DE LA OEA. ALCA – Grupo de Negociación sobre Solución de Controversias. Inventario sobre Mecanismos de Solución de Controversias, Procedimientos y Textos Legales Establecidos por los Acuerdos, Tratados y Arreglos de Comercio e Integración Existentes en el Hemisferio y en la OMC. 7 de febrero de 2000, p. 59.

²³ Véase el artículo 72 de la Decisión 500 de la CAN del 22 de junio del 2001: «Puede intervenir en el proceso como coadyuvante de una de las partes, quien sin ser sujeto de la sentencia, tenga un interés jurídico sustancial en el proceso y pueda ser afectado desfavorablemente si dicha parte es vencida».

²⁴ Véase ALCA. FTAA. TNC/W/133/Rev. 1, del 3 de julio del 2001.

1.3. UN TLC BILATERAL ENTRE LOS PAÍSES ANDINOS Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Partiendo de la premisa que un TLC con los Estados Unidos de carácter bilateral evita la superposición de ordenamientos jurídicos y de jurisdicciones, habría que señalar que si este TLC bilateral tiene además como Partes a los Países andinos por un lado, y a los Estados Unidos, por otro, se evitaría también TLC´s con diferentes contenidos y alcances, facilitando el proceso de armonización con el ordenamiento jurídico andino.

Este es el esquema que se adoptó en el Acuerdo de Complementación Económica celebrado en el 2002 entre Colombia, Ecuador y Venezuela, por una parte, y Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, por otra. Esto se hizo precisamente, para preservar el ordenamiento jurídico andino, pero también el ordenamiento jurídico del MERCOSUR. Asimismo, tenemos numerosos tratados celebrados entre un Estado con un Sistema u Organización Internacional de Integración compuesta, a su vez, por diversos Estados. Así, podemos citar el Acuerdo sobre Comercio y Cooperación Económica y Técnica entre Venezuela y la Comunidad del Caribe (CARICOM – Venezuela) del 13 de octubre de 1992; el Acuerdo sobre Comercio y Cooperación Económica y Técnica entre Colombia y la Comunidad del Caribe (CARICOM – Colombia) del 24 de julio de 1994; el Acuerdo de Complementación Económica entre el MERCOSUR y Chile, del 25 de junio de 1996; el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y República Dominicana (Centroamérica – República Dominicana) del 16 de abril de 1998; y el Acuerdo de Asociación Política, Económica y de Cooperación entre Chile y la Unión Europea del 18 de noviembre del 2002.²⁵

En síntesis, la adopción de esta tercera alternativa permitirá:

- a) que los países andinos preserven la autonomía y primacía del ordenamiento jurídico andino,²⁶
- b) que los países andinos también preserven la jurisdicción privativa o exclusiva del Tribunal de Justicia de la CAN en materias comunitarias,
- c) como consecuencia de lo anterior, que Colombia, Ecuador y Perú se liberen de futuras demandas por incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario y,
- d) que se facilite la armonización entre las disposiciones del TLC y las que conforman el ordenamiento jurídico andino.

Por lo demás, la asunción de este esquema no impide que se contemple la posibilidad de que otros países andinos (como Bolivia y Venezuela) puedan adherirse más adelante al TLC. En todo caso, creemos conveniente que se consagre una disposición expresa en ese sentido,²⁷ pues por las características que suelen poseer los tratados de libre comercio, estos suelen ser de naturaleza cerrada, salvo pacto en contrario.²⁸

Asimismo, la adopción de este esquema tampoco impide que Colombia, Ecuador o Perú puedan adoptar disposiciones particulares o diferenciadas (como sucede en el CAFTA) o,

²⁵ COMITÉ TRIPARTITO DE LA UNIDAD DE COMERCIO DE LA OEA. *Ob. cit.*, p. 4. Véase también PAIVA, Gabriela y Carlos CORTES. *Solución de Controversias en un Mundo Globalizado*. Serie Informe Legislativo N° 22, Santiago de Chile: Libertad y Desarrollo, diciembre de 2002, pp. 18-19.

²⁶ En relación a este punto, más allá de la abundante jurisprudencia andina ya citada, que afirma con carácter general la prevalencia del ordenamiento jurídico andino sobre cualquier otra disposición interna o internacional exigible a los Estados Miembros de la CAN, tenemos la muy reciente Decisión 598, del 11 de julio de 2004, emitida en relación a las negociaciones emprendidas por los países miembros, para la celebración de acuerdos de libre comercio. En ella se plantea la obligación específica de los Países Miembros de la CAN, participantes en estas negociaciones de: «preservar (en dichos acuerdos) el ordenamiento jurídico andino en las relaciones entre los Países Miembros de la Comunidad Andina».

incluso, denunciar individualmente este tratado sin implicar al resto y, con ello, determinar la terminación del acuerdo. Sobre esto último debemos recordar que la denuncia es una manifestación unilateral de voluntad de un Estado cuyos efectos (retiro) sólo se extienden al Estado denunciante, independientemente de si el tratado es bilateral, multilateral o plurilateral.²⁹

De otro lado, se debe recordar en torno a la denuncia que ésta se formula en relación al tratado en sí y no en relación a las Partes que conforman dicho acuerdo. A través de la denuncia, el Estado se retira del Tratado del cual forma Parte. En este sentido, resultaría inviable por ejemplo que una de las Partes en el TLC —como pueden ser los Estados Unidos de América— formule denuncia tan sólo respecto de otra de las Partes en el Tratado (por ejemplo, Ecuador, Colombia o el Perú). Como lo señala Capotorti, la denuncia «hace cesar los efectos (del tratado) en las relaciones entre el Estado que se retira y *las otras Partes*».³⁰ Por tanto, no cabe denuncia parcial.

También es necesario señalar —a propósito de lo que podría ser una eventual preocupación de los Estados Unidos— que la adopción de un esquema bilateral en el TLC no impedirá establecer normas de origen de contenido regional con los Estados Unidos, tal como sucede por ejemplo en los acuerdos bilaterales celebrados entre Bolivia y el MERCOSUR o entre el Perú y el MERCOSUR, donde existen normas sobre acumulación de origen andino. Incluso, en otro acuerdo bilateral como el celebrado entre Colombia, Ecuador y Venezuela con el MERCOSUR, se ha pactado la acumulación de origen con países como Bolivia y Perú que no son Partes del acuerdo. Lo mismo podríamos decir en el tema de inversiones. Si se quiere hacer extensivos los beneficios del capítulo de inversiones del TLC a sociedades de los Estados Unidos establecidas en un país andino, que pretenden operar o establecerse en otro país andino, no existe impedimento o limitación alguna por el hecho de que el TLC sea de naturaleza bilateral. Tampoco para que los proveedores de productos o servicios de Estados Unidos se beneficien de las disposiciones del capítulo sobre contratación pública del TLC cuando operan desde el territorio de un país andino al territorio de otro país andino.

Finalmente, para concluir habría que señalar que todo lo expuesto hasta aquí resulta plenamente aplicable al Acuerdo para la creación de un Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), aunque por cierto, con fundadas precisiones.

Así, en lo que respecta al esquema adoptado por el ALCA, aquí claramente se ha optado por un TLC de naturaleza plurilateral.³¹ Y es que, en un acuerdo donde participan 34 Estados, muchos de los cuales forman parte de procesos de integración, resultaría inviable plantear un esquema bilateral, como el que proponemos para el TLC con los Estados Unidos. En este sentido, de confirmarse este esquema plurilateral, resultan aquí aplicables nuestras recomendaciones formuladas al respecto para el TLC con los Estados Unidos.

Por tanto, en primer lugar, para evitar una superposición entre el ordenamiento jurídico andino y el del ALCA, se recomienda que, en este último, se incorpore una cláusula de resguardo (primacía) de los ordenamientos jurídicos regionales (como el andino), a efectos

²⁷ Una disposición similar la podemos encontrar en el modelo del CAFTA.

²⁸ NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. *Ob. cit.*, p. 147.

²⁹ Véase CAPOTORTI, Francesco. *Corso di Diritto Internazionale*. Milán: Giuffrè Editore, 1995, pp. 478-479; NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. *Ob. cit.*, p. 282.

³⁰ CAPOTORTI, Francesco. *Ob. cit.*, p. 479.

³¹ Véase el Preámbulo y el artículo 1 del Capítulo II (Disposiciones Generales) del ALCA.

de evitar las mismas consecuencias negativas que adelantáramos para el TLC (véanse páginas 6 y 7 del presente informe). Creemos, en ese sentido, en la necesidad de mantener en el texto final del ALCA, la primera parte del actual artículo 4.3 contenido en el Capítulo II del actual borrador de dicho instrumento, el cual establece:

Este Acuerdo coexistirá con acuerdos bilaterales y subregionales, y no afecta los derechos y obligaciones que una o más Partes puedan tener en el marco de estos acuerdos [...]

Tal disposición resguarda perfectamente el ordenamiento jurídico andino, evitando la superposición de regímenes así como la prevalencia de las disposiciones del ALCA sobre dicho ordenamiento.

En segundo lugar, para evitar la superposición de los mecanismos de solución de controversias del ALCA y la CAN, y la libre elección del foro³² en contravención del Tratado de creación del Tribunal de Justicia Andino, proponemos que entre los países andinos no se asuma el sistema de solución de diferencias del ALCA, sino que dicho mecanismo se limite a la resolución de las diferencias entre los países andinos y el resto de países miembros del ALCA o entre estos últimos entre sí. Otra alternativa sería la de consagrar la primacía del foro regional entre los países andinos (véanse las páginas 13 y 14 de este informe).

De esta manera, los países andinos, podrían participar en el ALCA sin violentar compromisos comunitarios, logrando una perfecta armonía entre los acuerdos internacionales de los que forman parte.

Sin embargo, en base a la experiencia de la OMC, algunos plantean que establecer en el ALCA una cláusula de *inaplicación* o *primacía* del foro regional entre los países andinos, resultaría innecesario. Sostienen que en virtud de los Tratados de creación del Tribunal de Justicia de la CAN de 1979 y 1996, los Estados Miembros habrían renunciado en forma recíproca a resolver sus controversias sobre materias reguladas por el ordenamiento andino en cualquier otro foro. Ello explicaría entonces porqué los países andinos no establecieron ninguna de estas cláusulas en el Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC ni en los borradores de negociación del ALCA. Al respecto, tenemos dos objeciones:

- a) Los países andinos, en virtud de los tratados antes citados, se encuentran efectivamente impedidos de *someter* (en la práctica) una controversia sobre materias reguladas por el ordenamiento andino a otro foro que no sea el Tribunal andino, pero también se encuentran impedidos de *pactar* esa posibilidad. Así lo entiende el mismo Tribunal de Justicia de la CAN, cuando señala:

[...] Los Países Miembros quedan limitados *motu proprio* en el ejercicio de su potestad normativa y, en consecuencia, quedan impedidos de dictar providencias o *contraer compromisos*, aún de alcance *internacional*, que menoscaben o *contraríen el ordenamiento comunitario*.³³

De acuerdo a esto, si los países andinos pactan o acuerdan someter sus diferencias sobre materias comunitarias a otro foro distinto del Tribunal de Justicia de la CAN, se

³² La libre elección del foro está prevista en el artículo 8.1 del ALCA, el cual dispone: «Las Controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Capítulo que puedan también ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio [o de otro acuerdo regional de que sean parte las Partes contendientes] podrán someterse a uno u otro foro a elección de la demandante». Sin embargo, se trata de un tema aún pendiente de negociación. Como lo señala OROPEZA GARCÍA, Arturo. *Ob. cit.*, p. 43: «[...] son diversos los tópicos que quedan aún pendientes de resolver por el grupo que lleva las negociaciones de este tema y que determinen la configuración final del sistema conflictual del ALCA, como el relativo a la elección de foros en el que se establezca a qué sistema se debe otorgar mayor peso, si al establecido por el propio tratado, al del sistema multilateral o al contemplado en los esquemas de integración subregionales».

encuentran ya incumpliendo el artículo 42 del Tratado de creación de dicho tribunal. Los países andinos no pueden contraer compromisos internacionales que contraríen la letra y espíritu de sus obligaciones comunitarias. Si los países andinos ejercen o no en la práctica ese derecho, ello es una cuestión que escapa a nuestro análisis. Lo cierto y objetivo es que se habrían asumido dos obligaciones internacionales contradictorias, no obstante la prohibición normativa y jurisprudencial citadas.

- b) Pero quizás lo más importante se desprenda del artículo 30.4(a) de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969, analizado anteriormente (véase páginas 6 y 7 del presente informe). Conforme a este artículo, cuando nos encontramos ante dos tratados sucesivos con cláusulas contradictorias, se debe interpretar que entre los Estados Partes en ambos tratados (Colombia, Ecuador y Perú), el tratado anterior (entiéndase, el que crea el Tribunal de Justicia de la CAN), se aplicará «únicamente» si sus disposiciones son compatibles con las del tratado posterior (en el caso, las del TLC). Ello implicaría entonces la primacía del TLC sobre las del ordenamiento jurídico andino, lo que resulta incompatible con las obligaciones comunitarias asumidas.

Por lo expuesto, insistimos en la necesidad de incorporar una cláusula de *inaplicación* o *primacía* del foro regional entre los países andinos, sea en el TLC, en el ALCA o en cualquier otro acuerdo de igual naturaleza, pues ello evitará el incumplimiento de las obligaciones comunitarias andinas.

Otra alternativa posible para evitar la superposición de regímenes jurídicos y de jurisdicciones en el ALCA, sería la de permitir que puedan formar parte del Acuerdo no sólo los países que conforman el actual proceso de integración andino, sino también la Comunidad Andina como organización internacional de integración. Esta fórmula mantendría intacto el carácter plurilateral del ALCA, pero también evitaría violentar el carácter privativo del Tribunal de Justicia de la CAN y eliminaría cualquier posibilidad de superponer las disposiciones del ALCA sobre las del ordenamiento jurídico andino. Por lo demás, esta fórmula ha sido utilizada en otros acuerdos comerciales de importancia como el de la OMC, del cual forman parte precisamente la Unión Europea y sus Estados Miembros; lo mismo acontece con otros acuerdos de naturaleza diversa como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982.³⁴

Para llevar adelante esta fórmula no existiría impedimento jurídico alguno. La Comunidad Andina es por naturaleza un Organización Internacional de carácter Supranacional, con personería jurídica internacional,³⁵ a la cual los Estados han transferido ciertas competencias soberanas, como son la de legislar y administrar justicia, pudiendo también suscribir convenios internacionales (*ius tractandi*) bilaterales o multilaterales con terceros países o grupos de países o con organismos internacionales.³⁶ Sobre esto último, habría que recordar que existe una distribución de competencias al interior de la CAN. Así, si el tratado versa sobre temas globales de política exterior y de cooperación,³⁷ será el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, el órgano encargado de suscribir dichos acuerdos internacionales;³⁸ mientras que si dicho tratado versa sobre temas relativos a comercio (como

³³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Sentencia dictada en el Proceso N° 34-AI-2004.

³⁴ Véase el artículo 307 del Anexo I de la Convención del Mar, que permite la adhesión de Estados, territorios y organizaciones internacionales.

³⁵ Artículo 48 del Acuerdo de Cartagena: «La Comunidad Andina es una organización subregional con personería o personalidad jurídica internacional».

sería el caso de un TLC) e inversión, el órgano competente para su suscripción será la Comisión en coordinación con el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores. Esto último no sólo se desprende del artículo 1º de su Reglamento y del artículo 22(a) del Acuerdo de Cartagena, que señalan que la Comisión representa a la CAN en las tareas de ser competencia, estando entre ellas las materias comerciales; sino también de la práctica de la CAN, la cual, cada vez que ha suscrito un tratado vinculado a temas comerciales, lo ha hecho a través del Presidente de dicho órgano.³⁹

De otro lado, estos acuerdos vincularían no sólo a la Comunidad sino, también, a los Estados Miembros, en la medida en que la aplicación de dichos acuerdos exige el respeto de aquéllos e, incluso, en muchos casos su colaboración activa. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el Asunto Kupferberg, el 26 de octubre de 1982, al señalar:

Incumbe, pues, tanto a las instituciones comunitarias como a los Estados Miembros asegurar el respeto de las obligaciones derivadas de tales acuerdos. Al asegurar el respeto de los compromisos derivados de un acuerdo concluido por las instituciones comunitarias, los Estados Miembros cumplen una obligación no solamente respecto a los países terceros afectados, sino también y sobre todo respecto a la Comunidad que ha asumido la responsabilidad de la buena ejecución del acuerdo.⁴⁰

En relación al hecho de que estos acuerdos internacionales forman parte del ordenamiento jurídico comunitario, existe también un pronunciamiento del Tribunal europeo en su sentencia dictada en 1974 en el Asunto Haegeman, en la que señaló: «Las disposiciones de este acuerdo forman parte integrante, a partir de la entrada en vigor del mismo, del orden jurídico comunitario»; de lo cual, no sólo se deriva el reconocimiento de dichos acuerdos como parte del derecho comunitario sino, implícitamente, su perfecta compatibilidad.

2. *Establecer qué características debería tener el esquema de solución de controversias del ALCA y del TLC, a efectos de garantizar un acceso efectivo y simétrico de todas las Partes involucradas.*

Para responder a esta segunda interrogante, debemos empezar por señalar que si bien la doctrina moderna coincide en afirmar que las Partes tienen amplia libertad para determinar las normas que regularán el procedimiento de solución de sus controversias y, en especial, las del procedimiento arbitral, sea este interno, internacional⁴¹ o interestatal,⁴² esa misma doctrina reconoce límites a esta libertad.⁴³

³⁶ SALMÓN, Elizabeth. «Evolución Institucional de la Comunidad Andina: Perspectivas y Problemas». En: *Derecho Comunitario Andino*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) / Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 37.

³⁷ Véase el artículo 16, literal d del Acuerdo de Cartagena.

³⁸ Véase el artículo 1º del Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

³⁹ Véase por ejemplo el Acuerdo Marco para la creación de una Zona de Libre Comercio entre la Comunidad Andina y el MERCOSUR del 16 de abril de 1998 o el Entendimiento de Cooperación en materia de Comercio e Inversiones entre la Comunidad Andina y el Gobierno de Canadá del 31 de mayo de 1999.

⁴⁰ CHUECA SANCHO, Angel. «Aplicación de los Acuerdos Internacionales en el Orden Jurídico Comunitario». En: MARIÑO, Fernando (ed). *Acción Exterior de la Unión Europea y Comunidad Internacional*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid / Boletín Oficial del Estado, 1998, p. 297.

⁴¹ Véase por ejemplo el artículo IV del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, el artículo 19.1 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptada el 21 de junio de 1985, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), etc.

⁴² COLLIER, John y Vaughan LOWE. *The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures*. Oxford: University Press, 2000, p. 237.

⁴³ CANTUARIAS, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras*. Lima: Fundación Manuel J. Bustamante, 1994, pp. 320-321. Véase también COLLIER, John y Vaughan LOWE. *Ob. cit.*, p. 237;

Estos límites se encuentran ordenados básicamente en dos grupos: por un lado, la libertad en la fijación del procedimiento arbitral debe respetar el principio de igualdad de las Partes y, por otro, garantizar a éstas el respeto de ciertas reglas del debido proceso.⁴⁴

En relación al primer límite —materia de esta consultoría— habría que precisar que respetar la igualdad de las Partes en un procedimiento arbitral no sólo implica tratar a las Partes con igualdad sino también darle a cada una de ellas *plena oportunidad de hacer valer sus derechos*.⁴⁵ Esto último no sólo implica garantizar a todas y cada una de las Partes un acceso efectivo y simétrico al proceso arbitral, sino también mantener ese equilibrio durante el desarrollo mismo del proceso y al momento de la ejecución de la decisión.

En este sentido, a efectos de respetar este límite a la autonomía de la voluntad de las Partes, resulta importante, en primer lugar, que el mecanismo de solución de controversias a ser pactado en el ALCA o en el TLC con los Estados Unidos, privilegie la opción legal antes que la política (tal como sucede en el esquema de la OMC). Pues como lo señala Piérola:

Consideramos que las significativas asimetrías entre los países que conforman el ALCA (y agregaríamos, el TLC) hace necesario que se privilegie la opción legal antes que la opción política, ya que de lo contrario existe un fuerte riesgo de que primen consideraciones políticas, del poder relativo de determinados miembros del sistema, para lograr la solución negociada de la controversias, creando impredecibilidad para las transacciones de los particulares.⁴⁶ (El paréntesis es nuestro).

Lamentablemente, como tendremos ocasión de insistir más adelante, en el esquema de solución de controversias propuesto para el TLC con los Estados Unidos, se viene privilegiando la solución negociada antes que la jurídica, estableciendo una primera etapa de consultas directas para la solución de la diferencia; luego, una segunda etapa, donde una Comisión de Libre Comercio buscará nuevamente una salida negociada (pudiendo además recurrir a otros esquemas de solución política, como la conciliación, la mediación, los buenos oficios, etc.). Y una tercera etapa ante un grupo arbitral que, termina con un nuevo intento de acuerdo entre las Partes, sobre la base del informe final elaborado por dicho grupo. Como podemos apreciar, se insiste una y otra vez en la salida negociada o política. Precisamente, nuestra propuesta, intenta «judicializar» esta tercera etapa, otorgándole al grupo arbitral poder de decisión con carácter vinculante, como lo prevé el sistema de solución de diferencias del ALCA.⁴⁷

Esto último no sólo tiene la ventaja de reducir los plazos y por ende los costos del sistema de solución de controversias en el TLC, sino que elimina el factor «presión» que puede estar presente en toda negociación asimétrica.⁴⁸

En segundo lugar, el procedimiento arbitral a ser negociado en el marco del ALCA o del TLC con los Estados Unidos, debe estar compuesto de reglas que garanticen a todas las

⁴⁴ *Idem*. Véase también LOHMANN, Guillermo. *El Arbitraje*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú 1987, Colección para Leer el Código Civil Nº V, p. 153;

⁴⁵ Véase LA CHINA, Sergio. *L'Arbitrato. Il Sistema e L'esperienza*. Milán: Giuffrè Editore, 2004, pp. 84-89; COLLIER, John y Vaughan LOWE. *Ob. cit.*, p. 237. Asimismo, CANTUARIAS, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ. *Ob. cit.*, pp. 321-322. En el mismo sentido se manifiesta la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional. En su artículo 18 dispone: «Trato equitativo de las Partes: Deberá tratarse a las Partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos».

⁴⁶ PIÉROLA CASTRO, Fernando. *Ob. cit.*, p. 206.

⁴⁷ En este esquema, el grupo neutral emite decisiones finales y obligatorias, que pueden ser apeladas ante un Órgano de Apelación que a su vez puede confirmar, modificar o revocar la decisión de dicho grupo. Véase los artículos 24.6 y 28.1 del ALCA.

⁴⁸ Este punto lo analizamos con mayor amplitud en el punto 3 de este informe.

Partes un acceso real y equitativo a dicho mecanismo, lo cual implica, en nuestro criterio, tener en cuenta dos problemas básicos,⁴⁹ como son: los costos del proceso y la ausencia en los países andinos, de profesionales expertos en litigios comerciales internacionales.⁵⁰ Como lo señala el South Centre, en relación al mecanismo de la OMC:

El proceso de solución de controversias es muy costoso y considerables recursos humanos y financieros son requeridos para preparar y desarrollar el caso, desde la etapa de las consultas a la de apelación, lo que puede tomar un largo período de años. Muchos países en desarrollo no tienen además opción de contar con expertos legales capacitados para afrontar las complejidades y especialización de estos procesos.⁵¹

Precisamente, la clara percepción de estas dos limitantes por parte de los países en desarrollo, muchas veces les genera un desaliento frente a la eficacia del sistema, absteniéndose de participar en él. Como lo señala Shaffer en relación al sistema de solución de diferencias de la OMC:

Las percepciones de los países en desarrollo sobre el sistema de la OMC también alimenta su conciencia sobre si tienen reclamos legales disponibles. Cuando los países en desarrollo y sus representantes tienen poca fe en el sistema de la OMC, es menos probable que desarrollen mecanismos para detectar violaciones a los acuerdos que afecten sus intereses. Incluso, cuando son conscientes de medidas contra las cuales podrían invocar reclamaciones, es menos probable que los países en desarrollo desarrollen estrategias proactivas para defender estos derechos e intereses, si creen que el sistema está estructurado en forma tal que no pueden hacerlo de una manera económicamente efectiva (análisis costo-beneficio).⁵²

En este sentido, resulta de vital importancia analizar los dos factores que limitan el acceso de los países en desarrollo (y entre ellos, los andinos) a esquemas de solución de controversias, a efectos de plantear posibles alternativas de solución. Así:

a) Sobre los costos del proceso, debe señalarse que este es el principal impedimento de los países en desarrollo,⁵³ y de los países andinos en particular, observado en la práctica, para acceder a los esquemas de solución de controversias de los que forman parte, como es el caso de la OMC.⁵⁴ En efecto, desde el ingreso de los países andinos a la

⁴⁹ Estos problemas, según la doctrina, surgen de la experiencia en materia de solución de controversias de otros esquemas comerciales similares a este, como lo es el de la OMC, no obstante, que en dicho esquema, existen una serie de disposiciones destinadas a lograr un acceso simétrico y equitativo de todas las Partes. Véase SOUTH CENTRE. *Issues Regarding the Review of the WTO Dispute Settlement Mechanism*. Working Papers, febrero de 1999, p. 3. Sin embargo, otros autores agregan un tercer factor. Estos entienden que al ser los países en desarrollo comerciantes menos activos (al tener menos valor, volumen y variedad de exportaciones que los países desarrollados), es también menos probable que participen con frecuencia en litigios de la OMC. Véase SHAFFER, Gregory. «How to make the WTO Dispute Settlement System Work for Developing Countries: Some Proactive Developing Countries Strategies». En: *Towards a Development Supportive Dispute Settlement System in the WTO*. Ginebra: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2003, p. 15. Por otro lado, debe aclararse que aquí estamos haciendo referencia a las limitantes para el acceso al mecanismo y no a las limitantes de todo el esquema. En este último caso, tendríamos que incluir: a) la implementación de las decisiones y compensaciones contra un país desarrollado, y b) la efectiva implementación de las provisiones relativas al trato especial y diferenciado en favor de los países en desarrollo. Ambos temas serán tratados más adelante.

⁵⁰ FERRAZ, Valeria y Omar ODARDA. «La Reforma del Sistema de Solución de Disputas de la Organización Mundial de Comercio: Estado Actual de las Negociaciones». En: *De cita: Solución de Controversias*. Buenos Aires: Zavalia Editores, mayo de 2004, p. 160. Véase también HOEKMAN, Bernard y Petros MAVROIDIS. «Enforcing Multilateral Commitments: Dispute Settlement and Developing Countries». En: *The WTO / World Bank Conference on Developing Countries' in a Millennium Round*. Ginebra: Secretaría de la OMC – Centro William Rappard, 20-21 de setiembre de 1999, pp. 2 y 16; CROOME, John. «Trade Negotiations in the WTO: The Present Outlook». En: *World Bank Policy Research Working Paper*. La Haya: Kluwer Law International, 1999.

⁵¹ SOUTH CENTRE. *Ob. cit.*, p. 23. En el mismo sentido se pronuncia MOSOTI, Víctor. «Does Africa Need the WTO Dispute Settlement System?». En: *Towards a Development-Supportive Dispute Settlement System in The WTO Paper N° 5*, Ginebra: International Centre for Trade and Sustainable Development, marzo del 2003, p. 79: «The DS is complicated and expensive. Developing country members need time to continually train domestic lawyers in the WTO disciplines and the practice of dispute settlement, to a level that would be equal or comparable to the legal skills at the easy disposal of developed members... They have had to incur huge expenses resulting from the hiring of very expensive private lawyers».

⁵² SHAFFER, Gregory. *Ob. cit.*, p. 17.

⁵³ Para fines de 1999, los países desarrollados habían iniciado 114 casos ante la OMC contra 31 de los países en desarrollo. El principal problema era el costo de iniciar un proceso, el segundo, la falta de cuadros profesionales especializados. *Ibid.*, p. 4. Las cifras son aun más reveladoras si se toma en cuenta que gran parte de los 31 casos fueron planteados por más de un país en desarrollo, lo que permitió reducir costos y posibilitar su acceso. Véase MOSOTI, Víctor. *Ob. cit.*, pp. 72 y 79. Este último autor señala que tratándose de los países africanos, la situación es aún más dramática. Así, para agosto del 2002, 262 casos habían sido llevados ante la OMC y en ninguno de ellos estaba presente un país del África SubSahariana, como demandantes o demandados. Sólo países como Nigeria, Senegal, Camerún, Zimbawe y otros participaron como terceras partes. Por último, podemos referir que a diciembre del 2003, de los 29 países desarrollados, 11 iniciaron disputas; mientras que de los 72 países en desarrollo, 28 iniciaron disputas; y de los 30 países menos desarrollados, ninguno de ellos inició una disputa. Véase FERRAZ, Valeria y Omar ODARDA. *Ob. cit.*, p. 156. Esto ha llevado a algunos a sostener que «the DS has been monopolized, in usage, administration and jurisprudencial leaning and evolution by developed countries.» Véase MOSOTI, Víctor. *Ob. cit.*, p. 84.

⁵⁴ SOUTH CENTRE. *Ob. cit.*, p. 23. Véase CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo. «Las Controversias Comerciales en el Marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC)». En: *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto Rey Caro*. Córdoba: Editora Córdoba, 2002, pp. 1119-1143.

OMC, éstos han hecho uso del mecanismo de solución de controversias en muy contadas ocasiones,⁵⁵ siendo el motivo principal la falta de recursos económicos para asumir los cuantiosos gastos que tal decisión implica.

Este costo no sólo se origina por lo elevado de los honorarios de los abogados y expertos a ser contratados por cada una de las Partes, sino también, por la duración del procedimiento (aproximadamente un año y medio desde la fase de consultas hasta la adopción del informe del órgano de Apelación), amén de los gastos que podría originar el cumplimiento de una decisión adversa. Y es que como lo señala Shaffer:

Litigar a nivel internacional involucra un foro distante en el cual la experiencia legal está concentrada en países como Estados Unidos y Europa; es altamente especializada y bastante cara. Los países en desarrollo pueden enfrentarse con tarifas que van desde los 200 a los 600 (o más) dólares por hora, cuando contratan a firmas privadas para que los asesoren y representen en casos. Los abogados de Kodak y Fuji en el Asunto del Rollo Fotográfico – Japón, cobraron tarifas que excedieron los 10 millones de dólares, respectivamente. Dichas tarifas son impensables para la mayoría de los países en desarrollo. Incluso, para un caso relativamente pequeño, una firma de abogados presupuestó una suma de 200,000 dólares para representar a un país en desarrollo sólo ante la etapa del panel en la OMC.⁵⁶

Pues en relación a esta primera limitación, existen disposiciones en el Acuerdo para la creación del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) que pretenden precisamente paliar esta situación, las mismas que deben mantenerse. En primer lugar, se consagra como principio en el capítulo XXIII del Acuerdo (artículo 6.1), prestar particular consideración al nivel de desarrollo de los Países Miembros en todas las etapas del procedimiento de solución de controversias. Luego, se establece que la Secretaría del ALCA prestará asesoría y asistencia jurídica a los países en desarrollo, poniendo expertos a su disposición (artículo 7.1). También se permite que estos países puedan ampliar el período de consultas o de respuesta a las consultas formuladas por una contraparte (artículo 9.3) y, finalmente, se ordena tomar en cuenta la situación de los países en desarrollo al momento de establecer la compensación (artículo 31.5). Como puede observarse, mediante estas disposiciones, se pretende positivamente alcanzar un acceso efectivo y simétrico de todas las Partes al mecanismo de solución de controversias del ALCA.

Por el contrario, en el caso del TLC entre los Países Andinos y los Estados Unidos de América, no se contempla hasta el momento ninguna disposición al respecto, siguiendo en ese sentido, la práctica de los tratados comerciales bilaterales.

En este punto, si bien se puede decir que en el modelo del CAFTA se puede obtener una decisión del grupo arbitral dentro de los diez meses siguientes al inicio de las consultas, lo cierto es que si se incumpliera el informe final, el procedimiento de ejecución puede tener una duración adicional de cuatro meses a un año, desde la adopción de la decisión arbitral,

⁵⁵ A la fecha, se puede sintetizar la participación de los países andinos en la OMC de la siguiente manera: Colombia solicitó la celebración de consultas a Chile (medidas de salvaguardia y modificación de la listas en lo que respecta al azúcar), Nicaragua (medidas que afectan a las importaciones procedentes de Honduras y de Colombia) y Estados Unidos de América (salvaguardia contra las importaciones de escobas de sogu); así como el establecimiento de un Grupo Especial (por las medidas adoptadas por Nicaragua antes señaladas). En el caso de Ecuador, éste solicitó la celebración de consultas y la constitución de un Grupo Especial a las Comunidades Europeas (régimen para la importación, venta y distribución de bananos) y a Turquía (determinados procedimientos aplicados a la importación de frutos frescos). Finalmente, en el caso del Perú, éste solicitó consultas y la conformación de un Grupo Especial a las Comunidades Europeas (por la denominación comercial de los moluscos del género pectinidae y de las sardinas). Véase ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Lista de los Informes de Grupos Especiales, del Órgano de Apelación y de Arbitraje por Países*, en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/distabase_wto_members1_s.htm. No obstante, otros países en desarrollo como Brasil, India, Argentina, México y Tailandia han accedido con más eficiencia al sistema. Véase LACARTE MUÑOZ, Julio y Petina GAPPAN. «Developing Countries and the WTO Legal and Dispute Settlement System: A view from the bench». En: *Journal of International Economic Law*, 2000, pp. 395-401.

⁵⁶ SHAFFER, Gregory. *Ob. cit.*, p. 16.

con lo cual, apreciamos que los plazos siguen siendo excesivamente largos y, por ende, costosos.

Si bien somos conscientes de que resulta imposible trasladar los beneficios contemplados en el ALCA al TLC con los Estados Unidos, para alcanzar el acceso real y simétrico de todas las Partes —ello debido a la diversa naturaleza jurídica de ambos acuerdos, que tornan inviable crear en el TLC una Secretaría como la que se plantea en el ALCA, que brinde asistencia jurídica a los Países menos desarrollados y, menos aún, un Centro de Asesoría como el de la OMC, así como por la ausencia de precedentes en otros tratados bilaterales— creemos que por esta razón debe ponerse especial cuidado en el proceso arbitral mismo, de forma tal de poder cumplir con este objetivo.

En este sentido, resulta de fundamental importancia a efectos de reducir costos:

- a) Reducir los plazos planteados en el modelo del CAFTA, a efectos de alcanzar un proceso de solución más rápido y menos oneroso (por ejemplo, estableciendo plazos cortos para la etapa de consultas directas o para la actuación de la Comisión de Libre Comercio);⁵⁷
 - b) Modificar el procedimiento mismo (por ejemplo, eliminando el consenso para la designación de los árbitros de Parte así como la participación del órgano de decisión intergubernamental, atribuyéndole al órgano arbitral capacidad de decisión, a efectos de reducir el tiempo invertido para la elaboración y discusión del informe preliminar y, luego, del informe final);
 - c) Fijar como sede del órgano arbitral, el territorio del país con menor desarrollo relativo que forme parte de la controversia, con lo cual se pueden economizar gastos de desplazamiento.⁵⁸ No olvidemos que la determinación de la sede del órgano arbitral tiene la mayor relevancia, pues en ella va a funcionar y es el lugar al que las Partes deberán presentar sus escritos y donde se deben realizar las audiencias;
 - d) Adicionalmente, en relación a las medidas que cada Estado podría adoptar internamente, se deberían desarrollar mecanismos formales e informales para identificar, con el sector privado del país, posibles medidas que vengán llevándose a cabo en contra de los intereses del Estado, a efectos de establecer prioridades, que permitan aprovechar de manera eficiente los escasos recursos del Estado, a efectos de plantear los reclamos correspondientes.⁵⁹
- b) Sobre la ausencia de recursos humanos en los países andinos y, específicamente, de profesionales con amplia experiencia en litigios internacionales de carácter comercial,⁶⁰ debemos señalar que tal carencia no sólo coloca a estos países en una situación de desventaja, sino que les origina más gastos por la necesidad de contratar estudios de abogados en el exterior, especializados en la materia. Como lo señala Shaffer:

⁵⁷ La misma propuesta se plantea en el caso de la OMC, por parte del SOUTH CENTRE. *Ob. cit.*, p. 30. Véase también, PLANK-BRUMBACK, Rosine M. *Constructing an Effective Dispute Settlement System: Relevant Experiences in the GATT and WTO*, p. 36; FERRAZ, Valeria y Omar ODARDA. *Ob. cit.*, p. 158. Sin embargo, se debe hacer hincapié en que para la reducción de los plazos debe tenerse en cuenta que muchas veces la capacidad de reacción institucional de los países andinos puede ser más lenta que la de un país desarrollado, por lo cual, un plazo mayor, por ejemplo para preparar una defensa, puede resultar conveniente.

⁵⁸ COMUNIDAD ANDINA. *Informe de la Vigésimo Primera Reunión. Grupo de Negociación sobre Solución de Controversias (GNSC). Área de Libre Comercio de las Américas*, Puebla, 2003, p. 23. Véase la posición de la CAN.

⁵⁹ SHAFFER, Gregory. *Ob. cit.*, p. 28.

⁶⁰ SOUTH CENTRE. *Ob. cit.*, p. 23.

⁶¹ SHAFFER, Gregory. *Ob. cit.*, p. 16.

Debido a la falta de recursos de los países en desarrollo [...], éstos no tienen posibilidades reales de desarrollar capital humano y conocimiento (Know-how)... . La mayoría de los países en desarrollo tienen pocas escuelas de leyes y los que las tienen carecen de un número importante de profesores que enseñen por ejemplo los Acuerdos de la OMC. En contraste, como respuesta a una creciente demanda, el número de profesores de leyes en los Estados Unidos que enseñan este acuerdo se ha incrementado dramáticamente, existiendo más de 100 profesores cada año enseñando los acuerdos de la OMC a más de 2000 estudiantes.⁶¹

Y luego agrega:

En contraste con la situación en los Estados Unidos y la Comunidad Europea, la mayoría de países en desarrollo sólo tienen uno o unos pocos abogados para dirigir asuntos en la OMC, pocos o ninguno de los abogados del sector privado son entendidos en los acuerdos de la OMC, y pocas o ninguna de las firmas de abogados o asociaciones comerciales tienen contacto con autoridades estatales en materias comerciales.⁶²

Pues, en cuanto a esta segunda limitación, el ALCA nuevamente contempla algunas disposiciones que vale la pena resaltar y mantener. Así, en el artículo 7.1 no sólo la Secretaría asume el compromiso de poner a disposición de los países en desarrollo expertos y abogados, sino que también se compromete a organizar cursos especiales de capacitación de los cuadros nacionales. Sin embargo, en el caso del TLC con los Estados Unidos -nuevamente siguiendo la práctica impuesta por los tratados comerciales bilaterales- no se consagra ninguna disposición de este tipo.

A efectos de paliar esta omisión, creemos que podrían tomarse en cuenta las siguientes recomendaciones:

- a) Podría demandarse mayor asistencia o cooperación técnica de otros países o de instituciones financieras internacionales, a efectos de capacitar cuadros profesionales propios (funcionarios estatales) en temas vinculados a la solución de controversias comerciales internacionales;⁶³
- b) Se podría promover la creación de centros regionales o subregionales de asistencia legal con fondos comunes,⁶⁴ los cuales estarían encargados de definir prioridades comerciales, coordinar estrategias de negociación comercial, construir redes públicas y privadas, identificar infracciones a los intereses y derechos de los países involucrados, y proveer soporte legal en los litigios que eventualmente se presentaran.⁶⁵ Estos centros subregionales bien podrían ser establecidos al interior de los esquemas de integración existentes. Concretamente, en el ámbito andino, se podría potenciar el rol de ciertos órganos al interior de la Comunidad Andina, como es el caso de la Secretaría General, a efectos de que cumpla con esta labor de asesoramiento. De esta manera, se reducirían los costos que siempre implica la creación de una nueva entidad, con recursos y estructura propia, pero también permitiría que la Comunidad Andina adquiriera un conocimiento y experiencia en la solución de controversias comerciales internacionales que pueden ser de gran utilidad para la organización misma;

⁶² *Ibid.*, p. 28.

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ PETERSMANN, Ernst-Ulrich. «The Negotiations on Improvements of the WTO Dispute Settlement System». En: *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press, 2003, p. 246.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 29. Así sucedió en África del Sur, donde recientemente se ha creado un Centro de Derecho Comercial, con estas características. Véase MOSOTI, Víctor. *Ob. cit.*, p. 85.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 33. Véase MOSOTI, Víctor. *Ob. cit.*, p. 86.

- c) Se podría asumir una defensa común entre los países andinos en aquellos casos donde exista un interés común, que permita diluir los costos de la defensa. Así sucedió en la OMC, en el asunto entre India y la Unión Europea, donde los países de la CAN asumieron una defensa común, apoyados por la Secretaría General de la CAN;
- d) Se debería trabajar con el sector académico nacional e incluso extranjero, a efectos de que colaboren como asesores en estos procesos. Esta participación no tendría que ser necesariamente remunerada y permitiría a dichos académicos acceder a información y experiencias valiosas para su desarrollo profesional.⁶⁶ Los centros regionales o subregionales podrían asociarse en este sentido con las mejores universidades de cada país;
- e) Finalmente, se recomienda trabajar en asociación con ONG's, asociaciones de consumidores y otros grupos de presión de otros Estados. Esto sucedió por ejemplo en la OMC, en el Asunto entre el Perú y la Comunidad Europea sobre sardinas, donde el primero se asoció con la más grande asociación de consumidores de Europa y la segunda más grande del mundo (la Asociación de Consumidores del Reino Unido), la cual no sólo presentó un escrito donde señalaba que la regulación de la CE «claramente actúa en contra de los intereses económicos y de información de los consumidores europeos» y en «favor de una industria en particular dentro de la Unión Europea» (la española), sino que brindó su firma de abogados, Clyde & Compañía, absolutamente gratis.⁶⁷

Creemos que la implementación de estas medidas por parte de los países andinos, les permitirá mejorar sus cuadros profesionales sobre estas materias y, por ende, sus posibilidades de defensa.

En todo caso, nuestras propuestas pretenden paliar de alguna manera la imposibilidad de asumir en un TLC bilateral, como el de los países andinos con los Estados Unidos, ventajas que ofrece un TLC multilateral como el del ALCA, tanto en la reducción de costos para acceder al sistema, como en la conformación de cuadros profesionales capaces de asumir la defensa de los países andinos.

3. *Determinar la conveniencia de incorporar a estos esquemas de solución de controversias, un órgano de decisión intergubernamental; cuáles serían sus posibles funciones y cuáles sus ventajas y desventajas.*

Tanto el capítulo de solución de controversias del ALCA como el del CAFTA, prevén la presencia de un Órgano Ejecutivo de Solución de Controversias / Comisión de Libre Comercio, respectivamente, encargado de administrar las reglas y procedimientos previstos en el referido capítulo.⁶⁸ En este sentido, se trata de un órgano dotado de una serie de capacidades y competencias, cuyo mantenimiento se nos solicita evaluar.

Sin duda, la principal función que se le asigna a este órgano en los esquemas de solución de controversias antes señalados, es la de dar solución a la diferencia misma, sea recurriendo a mecanismos como la negociación, conciliación, buenos oficios, mediación, etc.,⁶⁹ o adoptando una decisión definitiva teniendo como base el informe final del órgano arbitral.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 35. En el mismo sentido, véase MOSOTI, Víctor. *Ob. cit.*, p. 85.

⁶⁸ Véase el artículo 1.1 del ALCA.

⁶⁹ Véase el artículo 20.5 del CAFTA.

⁷⁰ Exactamente el mismo esquema es el que se contempla en el TLC entre Chile y Estados Unidos de América (artículos 22.4 a 22.14), en el TLC entre Canadá y Chile (artículo N-17), en el TLC entre Estados Unidos, Canadá y México (artículo 2018), y en el TLC entre los Estados Unidos de América y Marruecos (artículos 20.5, 20.7 y 20.10, inciso 1). Sin embargo, en el TLC entre los Estados Unidos de América y el Reino de Jordania se asume una pequeña variante, en el sentido que el Panel arbitral emite solo un reporte y no dos, conteniendo sus recomendaciones, las cuales pueden ser o no acogidas por el Comité Ministerial (artículo 17, inciso 1, literal d; inciso 2, literales a y b).

En efecto, el artículo 20.15 del CAFTA —modelo propuesto por los Estados Unidos a los países andinos para el TLC— dispone que luego de agotados los procedimientos de consulta directa y de intervención de la Comisión de Libre Comercio, el Grupo Arbitral que se hubiere constituido, emitirá un informe preliminar y luego un informe final (no una decisión obligatoria), el cual será entregado a las Partes contendientes, quienes «acordarán la solución de la controversia, la cual, normalmente se ajustará a las determinaciones y recomendaciones que, en su caso, formule el grupo arbitral».⁷⁰

De esta disposición se deriva que la propuesta norteamericana modifica el concepto tradicional de arbitraje, en aras de una mayor flexibilización y apuesta por una solución negociada. Sin embargo, en nuestro criterio, la presencia de este órgano de decisión intergubernamental con capacidad de alcanzar una solución negociada implica:

- a) Desnaturalizar los objetivos para los cuales fue creado el arbitraje. Como señala la doctrina, la decisión arbitral es:

La finalidad por la cual las Partes se quisieron someter a arbitraje [...] El laudo no sólo se supone querido por los compromitentes en su existencia estructural, como finalización formal de unas etapas previas, sino que también, por la propia naturaleza del arbitraje, desde el inicio de las etapas fue querido en su contenido, aunque todavía lo desconocieran.⁷¹

Sin embargo, el modelo propuesto a los países andinos desconoce el carácter vinculante que caracteriza a la decisión arbitral, sustituyéndola por un informe final que sólo contiene recomendaciones.

- b) También implica insistir innecesariamente en una fórmula de solución (acuerdo directo o búsqueda de consenso) que ya fue agotada en etapas anteriores. Resulta injustificado desde nuestro punto de vista que tras una etapa de consultas directas (donde se busca el consenso) y luego de la intervención de una Comisión de Libre Comercio que puede a su vez recurrir a la mediación, buenos oficios, conciliación u otros mecanismos de solución, en los que nuevamente el consenso es la característica, tenga que seguirse una tercera etapa arbitral cuyo resultado no es decisorio sino que la solución contenida en su Informe Final sirve de base para una nueva negociación entre las Partes. La propuesta resulta aún más insostenible, si tenemos en cuenta que nada obsta a que las Partes, durante el desarrollo del proceso arbitral, arriben a una fórmula consensuada o de transacción, en cuyo caso, lo acordado adquiriría autoridad de cosa juzgada. Entonces ¿porqué insistir en el consenso después de emitida la decisión del grupo arbitral?
- c) Este esquema prolonga excesivamente el procedimiento de solución de controversias, lo que implica un mayor tiempo y costo para las Partes involucradas. En particular, este esquema afecta a los Países Andinos quienes deberán disponer de mayores recursos para financiar un esquema tan prolongado.
- d) Introduce a lo que debería ser una solución de carácter jurídico e imparcial, consideraciones de naturaleza política, no necesariamente en igualdad de condiciones.⁷²

⁷¹ LA CHINA, Sergio. *Ob. cit.*, p. 163; COLLIER, John y Vaughan, LOWE. *Ob. cit.*, pp. 261-262; MERRILLS, John. *Ob. cit.*, pp. 105 y ss; LOHMANN, Guillermo. *Ob. cit.*, p. 166.

⁷² UNCTAD. *Ob. cit.*, p. 20: «El recurso a ese tipo de instituciones ha causado la preocupación de que sus decisiones puedan ser políticas... En determinados casos se alega que podrían infiltrarse consideraciones políticas en algo que debería estar esencialmente limitado a cuestiones jurídicas y comerciales».

En este sentido, creemos que el órgano arbitral previsto en el TLC con los Estados Unidos, debe poseer un poder decisorio, como ocurre en otros acuerdos comerciales interestatales. Este es el caso del TLC celebrado entre Chile y Corea del Sur, donde el Informe Final es de obligatorio cumplimiento por las Partes, salvo acuerdo en contrario (artículo 19.14, inciso 1); el TLC entre Chile y la Unión Europea (artículo 185, inciso 1) o el Convenio Financiero entre el Perú y los Estados Unidos de América (artículo quinto), donde el órgano arbitral emite un laudo de carácter definitivo e inapelable. También puede citarse el TLC entre Centroamérica y República Dominicana (artículos 16.14 y 16.15) y el Tratado que crea el Grupo de los Tres (artículos 19.14 y 19.15) que prevén que el grupo neutral dicte una resolución preliminar y, luego, una resolución final, de cumplimiento obligatorio. Finalmente, este es también el caso del ALCA, donde el grupo neutral emite soluciones obligatorias salvo que se interponga recurso de apelación, en cuyo caso se confirma, modifica o revoca la decisión del grupo arbitral (artículos 24.6 y 28.1).⁷³

En consecuencia, se plantea que —al igual que los acuerdos de libre comercio antes citados— el grupo arbitral en el TLC con los Estados Unidos de América tenga poder decisorio, eliminándose de esta manera la presencia de un órgano intergubernamental de solución política. Adicionalmente, se propone que tanto en el ALCA como en el TLC, dicho grupo emita un solo informe (laudo) de carácter jurídico y obligatorio. La presencia de dos informes no sólo alarga innecesariamente el procedimiento con el consciente incremento de costos, sino que carece de sentido, más aún en el caso del ALCA donde la decisión arbitral puede ser posteriormente apelada.

Sin embargo, como ya lo adelantamos, esta no es la única función que se le atribuye en el ALCA y en el CAFTA al órgano intergubernamental. También se le asignan funciones que, como lo sustentaremos con mayor amplitud en el punto 5 del presente informe, deben corresponder —en nuestro criterio— al órgano arbitral o a las Partes del Acuerdo en forma directa. Nos referimos por ejemplo al establecimiento del grupo neutral/arbitral (designación de sus miembros)⁷⁴ o a la solución de las recusaciones que se planteen contra éstos.⁷⁵ Sobre lo primero, se propone en este Informe que cada Estado de la controversia designe a un Arbitro de Parte y éstos (o los Estados directamente) nombren al Presidente (tercer árbitro). Asimismo, se plantea que la recusación sea resuelta por el propio órgano arbitral, tal como lo establece la práctica internacional. De igual forma, se sostiene la eliminación del órgano de apelación en el sistema de solución de diferencias del ALCA y del TLC, con lo cual pierde todo sentido la función del órgano intergubernamental de designar a sus integrantes. Y también en el punto 5 de este informe, se señala la necesidad de que se establezca en el Acuerdo que las remuneraciones y gastos del grupo arbitral sean asumidas por los Estados de la controversia en partes iguales,⁷⁶ sin perjuicio de que dicho órgano posteriormente ordene que la parte vencida asuma el pago de las costas que correspondan.

En cuanto a la suspensión de beneficios ante eventuales incumplimientos del Acuerdo, se sustenta en el punto 6 del presente informe, que sea el propio órgano arbitral quien, de manera autónoma, técnica e independiente, autorice su aplicación y fije sus límites, no debiendo depender esta decisión de un órgano político, como el intergubernamental.⁷⁷

⁷³ Véase FERNÁNDEZ, Macarena, Felipe ALLARD, y Andrés MERINO. *Ob. cit.*, pp. 130-132. Véase también COMITÉ TRIPARTITO DE LA UNIDAD DE COMERCIO DE LA OEA. *Ob. cit.*, p. 224.

⁷⁴ Véase artículo 13.3, literal d) del ALCA.

⁷⁵ Véase el artículo 14.2 del ALCA.

⁷⁶ Y que no sea fijado en cada caso por el órgano intergubernamental. Véase el artículo 43.2 del ALCA.

⁷⁷ Véanse los artículos 33.2 del ALCA y 20.16 del CAFTA.

Finalmente, en cuanto a la capacidad del órgano intergubernamental de interpretar el Acuerdo en caso una autoridad administrativa o judicial interna de un Estado Miembro, plantee alguna consulta (función cuasi-prejudicial),⁷⁸ no creemos tampoco necesaria la existencia de dicho órgano. De surgir alguna duda o problema de interpretación, los Estados Partes —como sucede en cualquier acuerdo internacional— pueden reunirse y llevar adelante la interpretación del acuerdo (lo que se conoce en doctrina como interpretación auténtica),⁷⁹ la misma que será oponible frente a terceros sin necesidad de que las Partes se constituyan en un órgano especial.

Todo esto nos permite concluir que la presencia de un órgano intergubernamental en acuerdos comerciales como el ALCA o el TLC con los Estados Unidos, carece de mayor sentido, en tanto las funciones y competencias que se propone posea dicho órgano, pueden ser ejercidas con mayor eficiencia y criterio técnico por el órgano arbitral o por las propias Partes, sin necesidad de constituir a estas últimas como un órgano del tratado.

4. *Evaluar en qué medida resulta conveniente para los países andinos permitir una amplia participación de particulares y ONG's en el sistema de solución de controversias, tomando en cuenta otras experiencias y las diferencias económicas existentes entre los países participantes.*

El artículo 20.10, literal d) del CAFTA (modelo propuesto para el TLC con los Estados Unidos), dispone que las reglas modelo de procedimiento arbitral garantizarán:

[...] que el grupo arbitral considerará solicitudes de entidades no-gubernamentales de los territorios de las Partes contendientes para entregar opiniones escritas relacionadas con la controversia que puedan ayudar al grupo arbitral en la evaluación de los alegatos y argumentos de las Partes contendientes.⁸⁰

Esta disposición tiene dos propósitos claros:

- a) dar una mayor transparencia al proceso arbitral,⁸¹ y
- b) enriquecer el criterio del órgano arbitral, con información, documentación y estudios que eventualmente pudieran ser presentados por particulares u ONG's.

Sin embargo, si bien estos propósitos resultan loables, es importante reflexionar también respecto a si esta apertura, resulta del todo positiva para los países andinos. Y, en este sentido, tendríamos que señalar en primer lugar, que una disposición de este tipo, funcionará fundamentalmente en favor de los países desarrollados pertenecientes al acuerdo comercial, en tanto serán sus ONG's o sus particulares, los que normalmente harán uso de esta prerrogativa.⁸² Concretamente, en el TLC con los Estados Unidos, resulta difícil imaginar que particulares u ONG's de Colombia, Ecuador o Perú tengan los recursos técnicos y económicos suficientes para participar activamente en el proceso de solución de diferencias.⁸³ En segundo lugar, la asimetría, no sólo se manifestaría en cuanto a la participación cuantitativa de ONG's o particulares de Estados Unidos, en comparación

⁷⁸ Véanse los artículos 45.1 del ALCA y 20.20 del CAFTA.

⁷⁹ NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. *Ob. cit.*, Tomo I, p. 204.

⁸⁰ La misma disposición se encuentra contenida en el artículo 20.10, inciso 1, literal d) del TLC entre Chile y los Estados Unidos de América, en el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Canadá y México y en el TLC entre los Estados Unidos de América y Marruecos (artículo 20.8, literal d).

⁸¹ Véase BARRAL, Welber. «A Reforma do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC». En: *DeCita: Solución de Controversias*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, mayo de 2004, p. 146.

⁸² No obstante, somos conscientes de la presión que vienen ejerciendo las ONG's para participar cada vez con mayor fuerza en los esquemas de solución de diferencias (como el de la OMC), exigiendo una mayor «transparencia del proceso». Véase BARRAL, Welber. *Ob. cit.*, p. 146.

⁸³ HOEKMAN, Bernard y Petros MAVROIDIS. *Ob. cit.*, setiembre de 1999, p. 31.

⁸⁴ FERRAZ, Valeria y Omar ODARDA. *Ob. cit.*, p. 169.

con las de Colombia, Ecuador y Perú, sino que la asimetría también se manifestaría cualitativamente, pues tales grupos servirían para argumentar y hacer presión básicamente en favor de una sola de las Partes. Finalmente, en tercer lugar, el ALCA o el TLC son mecanismos de carácter esencialmente intergubernamental, y, por lo tanto, la representación de los intereses de los ciudadanos de los países miembros, corresponde a los gobiernos y no a las entidades privadas, como las ONG's. Aún así, si se insiste en una participación de estos grupos, creemos que la misma debería limitarse a cooperar en la formación de las posiciones gubernamentales nacionales, como una forma más de legitimar el propio sistema.⁸⁴

Todo esto nos lleva a sugerir, que se elimine expresamente esta participación de particulares y de ONG's en el proceso de solución de controversias del TLC⁸⁵ —como ocurre en el actual borrador del ALCA—⁸⁶ o que se mantenga, siempre y cuando esta se presente al interior de cada una de las Partes y no en el proceso mismo. En otras palabras, cada Estado Parte estaría obligado a designar una oficina nacional responsable, encargada de recibir denuncias provenientes de ONG's, organizaciones empresariales, asociaciones de trabajadores o individuos (incluso, no nacionales), así como la información sustentatoria correspondiente, lo que le permitirá a cada Estado definir la posición nacional sobre el tema, con lo cual:

- a) Se lograría cumplir con los objetivos de transparencia y enriquecimiento del criterio del órgano arbitral, para los cuales fue diseñada la participación de estos grupos;
- b) Se evitaría que el órgano arbitral pueda recibir presiones de particulares u organizaciones ajenas a las Partes;
- c) Se agilizaría el proceso de prueba y, en general, el procedimiento ante el órgano arbitral, al limitar la participación de las ONG's al interior de los Estados Partes;
- d) Por lo anterior, se podrían reducir los costos del proceso; y
- e) Se preservaría una mayor simetría entre las Partes, pues, por un lado, los países andinos tendrían mayor opción de recabar internamente los insumos que sus ONG's y particulares pudieran brindarle, información que podría servir como sustento para su defensa o para ser presentada de manera directa ante el órgano de solución.⁸⁷ Y, por otro lado, se eliminaría la participación de las ONG's y particulares de los Estados Unidos en el proceso mismo, evitándose con ello, presiones al órgano de solución.

Un comentario final debe ser formulado en torno a la interesante propuesta alcanzada por Canadá en el marco del ALCA, a efectos de admitir —con carácter restringido— la participación de ONG's en el proceso mismo de solución de controversias. Se trata en realidad, de una fórmula intermedia, entre la que postulan los Estados Unidos de América y los países en desarrollo. Según ésta, las ONG's podrían presentar comunicaciones escritas durante el proceso, siempre que cumplan con una serie de requisitos que, en la práctica, buscan restringir o limitar dicha participación. Así por ejemplo, se exige que la ONG, a efectos de ser habilitada a participar en el proceso, señale la naturaleza de sus actividades,

⁸⁵ Por esta razón, son precisamente los países desarrollados, los que vienen impulsando una mayor participación de las ONG's en el esquema de solución de controversias de la OMC. Véase FERRAZ, Valeria y Omar ODARDA. *Ob. cit.*, pp. 469-170.

⁸⁶ Artículo 40.2: «No se permitirá la participación no gubernamental en el Sistema de Solución de Controversias establecido en el presente Capítulo. En ningún caso, una organización, individuo o grupo de individuos, por iniciativa propia, podrán presentar, en cualquier fase del procedimiento, una comunicación o escrito a las audiencias del grupo neutral». En este punto deberíamos también mencionar el TLC entre los Estados Unidos y el Reino de Jordania, que no hace mención alguna a la participación de particulares o de ONG's en el proceso arbitral.

⁸⁷ Véase GAMIO, José María. «La OMC y el Sistema de Arreglo de Controversias». En: *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*. Córdoba: Editora Córdoba, Tomo II, 2002, p. 1114.

afiliación, situación jurídica y fuentes de financiamiento, y asimismo, demuestre su interés substancial en el proceso así como el interés público de la causa.⁸⁸ Por si fuera poco, se establecen limitaciones en cuanto al número de páginas que pueden ser presentadas en las comunicaciones de la ONG.

Si bien se trata de una fórmula altamente positiva, en tanto limita en extremo la participación de las ONG's en el proceso arbitral, lo cierto es que no impide tal participación, con lo cual, permite una mayor presión sobre el órgano arbitral por una sola de las Partes, manteniendo las asimetrías, pero además establece un complejo proceso de admisión, que repercutirá en la duración del proceso, dilatándolo y tornándolo más oneroso. Adicionalmente, los requisitos solicitados pueden resultar tan difíciles y costosos de cumplir, que al final podrán participar tan sólo las ONG's o los particulares con mayor poder o solvencia económica, lo que confirma nuestra inquietud. Por estas razones, insistimos en nuestra preferencia por las dos fórmulas de solución antes propuestas.

En todo caso, de adoptarse una decisión distinta a la expuesta en los párrafos precedentes, esto es, de aceptarse la participación de las ONG's y de particulares durante el proceso mismo de solución de diferencias, creemos importante tomar en cuenta ciertas recomendaciones mínimas, las cuales coinciden con la propuesta canadiense antes citada. Estas son:

- a) Que la participación de particulares y ONG's esté sujeta a la autorización previa del órgano arbitral;
- b) que la ONG y/o particular solicitante acredite el interés público de la causa;
- c) que la ONG y/o particular solicitante acredite tener un interés sustancial en el proceso;
- d) que la ONG y/o particular solicitante señale si tiene algún vínculo, directo o indirecto, económico, financiero o de cualquier otra índole, con alguna de las Partes contendientes; y
- e) que tal participación se limite a la presentación de comunicaciones escritas, sobre cuestiones de hecho o de derecho que estén siendo evaluadas por el órgano arbitral. En este punto resulta conveniente señalar expresamente —a efectos de evitar interpretaciones en contrario— que esta participación no incluya la formulación de alegatos verbales ni la presentación de escritos destinados a contestar a las Partes del proceso.

5. *Establecer las mejores fórmulas de nombramiento y conformación del Grupo Arbitral tanto en el ALCA como en el TLC con Estados Unidos, así como la procedencia de establecer un órgano de apelación en el ALCA.*

Una de las principales ventajas del Arbitraje frente al proceso judicial, consiste en la facultad que tienen las Partes de elegir libremente a las personas que se encargarán de resolver su controversia. Esta libertad les permitirá escoger personas de su confianza que a la vez sean conocedores del tema materia de discusión.⁸⁹

⁸⁹ CANTUARIAS, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ. *Ob. cit.*, p. 247.

⁸⁸ Véase Propuesta sobre Participación de quienes no sean Parte. Canadá. Grupo de Negociación sobre Solución de Controversias. 15 de agosto de 2003. FTAA. Ngds/w/97.

En consecuencia, la elección de los árbitros y la conformación del Grupo Arbitral para la solución de una controversia, resultan temas fundamentales para asegurar la imparcialidad de la decisión.

En este sentido, la doctrina y la práctica arbitral interna e internacional aconsejan tener en cuenta ciertas recomendaciones, al momento de acordar la composición del grupo arbitral. Si armonizamos estas recomendaciones con las características del ALCA o del TLC que viene negociándose con los Estados Unidos, podríamos concluir en ambos casos lo siguiente:

- a) En primer lugar, debido a la magnitud económica y comercial de las controversias que pueden darse en el marco del ALCA o del TLC, el número de Partes involucradas, la diversidad temática, etc.,⁹⁰ obviamente resulta aconsejable designar un Panel o Tribunal y no un árbitro unipersonal para solucionar la diferencia. Este Tribunal no tendría carácter permanente, sino ad hoc, básicamente por los costos que implica mantener un tribunal con ese carácter,⁹¹ pero también por la especialidad de los temas que en cada caso podrían ser sometidos a solución.⁹²

- b) En segundo lugar, si bien los reglamentos de las más importantes instituciones arbitrales así como los tratados comerciales no se ponen de acuerdo sobre el número de árbitros que deben componer el Panel o Tribunal,⁹³ la mayoría se inclina (por razón fundamentalmente de costos) a que el Tribunal esté conformado sólo por tres árbitros,⁹⁴ uno designado por cada Parte en la controversia y el tercero (que preside el Tribunal) por los dos árbitros ya señalados.⁹⁵ Este número de árbitros (impar) y la forma de su designación, garantizan no sólo que el interés de cada Parte se encuentre «representado» en el Panel o Tribunal, sino también imparcialidad en la decisión e, incluso, que tal decisión llegue finalmente a darse (por la presencia del tercero dirimente).

Precisamente, en aras de garantizar la imparcialidad de la decisión y que el interés de cada Parte se vea manifestado en la composición del Tribunal, no somos favorables a que la Secretaría del ALCA proponga por ejemplo a los candidatos del grupo neutral⁹⁶ o a que un tercero —y no las Partes o los árbitros de Parte— designen al Presidente del Panel. Y es que no puede haber mayor garantía de imparcialidad, que cada Parte designe un árbitro (árbitro de Parte) y que éstos o las Partes directamente designen al tercero. La propuesta o designación de los árbitros por un tercero siempre podrá prestarse a especulaciones, difícilmente sostenibles cuando son las propias partes las que conforman el órgano arbitral.

Por otro lado, si la designación es hecha por un tercero que a la vez ocupa un rol secretarial (como se plantea en el caso del ALCA) y que además tiene por función brindar asistencia legal a aquellas Partes que lo necesiten, resulta difícil armonizar esta función con una designación imparcial del órgano arbitral.

⁹⁰ MONTROYA ALBERTI, Ulises. *El Arbitraje Comercial*. Lima: Cultural Cuzco, 1988, p. 93.

⁹¹ FERRAZ, Valeria y Omar ODARDA. *Ob. cit.*, p. 171; DAVEY, William. «The case for a WTO permanent panel body». En: *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 182-183.

⁹² SHOYER, Andrew. «Panel Selection in WTO dispute settlement proceedings». En: *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press, 2003, p. 208; COTTIER, Thomas. «The WTO permanent panel body: A bridge too far?». En: *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press, 2003, p. 190. Sin embargo, también se señala que un Tribunal Permanente tiene la ventaja de que sus miembros adquieren una mayor experiencia en la solución de controversias internacionales.

⁹³ GARRO, Alejandro. «El Arbitraje en la Ley Modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la Nueva Legislación Española de Arbitraje Privado: Un Modelo para la Reforma del Arbitraje Comercial en América Central». En: *Arbitraje Comercial y Laboral en América Central*. Nueva York: Transnational Juris Publications, 1990, pp. 36 y ss.; MERRILLS, J. *Ob. cit.*, p. 92.

⁹⁴ COLLIER, John y Vaughan, LOWE. *Ob. cit.*, p. 219.

⁹⁵ UNCTAD. «Solución de Controversias entre Estados». En: *Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión*. Nueva York – Ginebra: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2003, pp. 40-45.

⁹⁶ SHOYER, Andrew. *Ob. cit.*, pp. 204-205.

Hasta este punto, tanto el modelo del ALCA (artículo 13.3, literal a) como el modelo del CAFTA (artículos 20.7 y 20.9) propuesto a los países andinos cumplen en términos generales con lo dicho, pues ambos plantean la conformación de un Panel, compuesto precisamente de tres miembros.⁹⁷ Lo novedoso es quizá, que a diferencia de la mayoría de tratados en que el tercer árbitro es designado por los dos árbitros de las Partes,⁹⁸ aquí el tercer árbitro es designado directamente por consenso de las Partes involucradas en la controversia. Incluso, el modelo del CAFTA invierte el orden tradicional de designación de árbitros, nombrándose primero al Presidente y luego a los otros dos árbitros.⁹⁹ Sin embargo, esto último, a decir verdad tampoco contradice la práctica arbitral.¹⁰⁰

En todo caso, lo importante es que sea un panel o tribunal, que éste se encuentre constituido por un número impar de árbitros (tres), que las Partes participen en su nombramiento¹⁰¹ y que, si no se ponen de acuerdo, existan mecanismos supletorios e imparciales de designación (sorteo),¹⁰² todo lo cual está previsto por el modelo del ALCA y del CAFTA.

En nuestro criterio, lo único que sería importante eliminar —por innecesario e inconveniente, y por el tiempo que involucra— es el requisito de que las listas nacionales de árbitros así como el árbitro de Parte tengan que ser consensuados. En efecto, el artículo 20.7, inciso 1 del CAFTA, dispone que una vez conformadas las listas por cada Parte, luego deben ser *consensuadas* para formar parte de una lista común. En el mismo sentido, una de las variables contempladas en el artículo 13.3, literal b) del ALCA, es que los miembros del grupo neutral (todos) sean elegidos por mutuo acuerdo. Si bien se trata de una práctica presente en algunos tratados comerciales,¹⁰³ que permite a cada una de las Partes objetar anticipadamente una proposición que no cumpla con los requisitos pactados,¹⁰⁴ tiene el inconveniente de dilatar el procedimiento en cada caso (con el consecuente incremento de costos), resultando además innecesario. Y es que, en todo caso, si existe algún problema con algún árbitro designado, siempre cabe la recusación. Por esta razón, en la gran mayoría de acuerdos comerciales, el consenso es utilizado exclusivamente para el nombramiento del tercer árbitro o del árbitro único, cuando esta última modalidad ha sido pactada. Pero no se utiliza este consenso para la designación del árbitro de Parte o para la confección de las listas nacionales.

c) En tercer lugar, en cuanto a la conveniencia de conformar una lista de árbitros, cabría señalar que la práctica arbitral nacional, internacional e interestatal nos indican que la

⁹⁷ Igual que en el TLC entre el Perú y Chile (artículo 9), el TLC entre Chile y los Estados Unidos de América (artículo 22.9), el TLC entre Chile y Corea del Sur (artículo 19.9), el TLC entre Chile y la Unión Europea (artículo 185.1), el TLC entre los Estados Unidos de América y Marruecos (artículo 20.7, inciso 3, literal a) y el TLC entre los Estados Unidos de América y el Reino de Jordania (artículo 17, inciso 1, literal c). Esto también se presenta en el Convenio Financiero sobre Incentivos para las Inversiones entre el Gobierno del Perú y el Gobierno de los Estados Unidos de América, suscrito el 16 de diciembre de 1992 (artículo quinto). Sin embargo, en el caso del TLC entre Estados Unidos, Canadá y México, el número de árbitros es 5, al igual que en el G3 formado por Colombia, México y Venezuela (artículo 19-09), en el Mercosur (artículo 2011) y en el TLC entre Chile y México (artículo 33).

⁹⁸ Este es el caso del Tratado de Libre Comercio celebrado entre los Estados Unidos de América y el Reino de Jordania, cuyo artículo 17, inciso 3, literal c) dispone: «Cada parte deberá designar un miembro, y los dos miembros designados deberán escoger a un tercero que servirá como Presidente del Panel». En este modelo, las Partes no se ponen de acuerdo sobre cada uno de los árbitros y menos sobre el Presidente del Panel. Tampoco se confecciona una lista de árbitros. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que este Tratado señala que las reglas para la selección de los árbitros se establecerán posteriormente, con lo cual, eventualmente podría variarse este esquema. Otro tratado que sigue este modelo, es el Convenio Financiero sobre Incentivos para las Inversiones, entre el Perú y Estados Unidos de América (artículo quinto).

⁹⁹ Un esquema similar es seguido en el TLC entre Chile y los Estados Unidos de América (artículo 22.9), en el TLC entre Chile y Corea del Sur (artículo 19.9), en el TLC entre los Estados Unidos de América y Marruecos (artículo 20.7, inciso 3, literales b y c), e incluso en el Grupo de los Tres (artículo 19-09). Sin embargo, en el TLC entre Chile y la Unión Europea, los árbitros son elegidos por sorteo (artículo 185.3), y no por acuerdo de las Partes. Mientras que en el TLC entre Estados Unidos, Canadá y México se sigue un proceso inverso de selección, esto es, cada una de las Partes en la controversia selecciona a dos panelistas que son ciudadanos de la otra parte en la controversia y el quinto es seleccionado por las Partes en la controversia, pudiendo ser un ciudadano de una Parte del TLCAN o de cualquier otro país (artículo 2011).

¹⁰⁰ SANDERS, Pieter. «Comentary on UNCITRAL Arbitration Rules». En: *The Yearbook on International Commercial Arbitration*, vol. 2, 1977, p. 184. Véase también CANTUARIAS, Fernando y Manuel Diego ARAMBURU. *Ob. cit.*, p. 296.

¹⁰¹ Esto en cumplimiento de la regla de *par conditio* o de equilibrio de las Partes, considerada de orden público y que sanciona con nulidad aquel compromiso o cláusula compromisoria que impida que todas las Partes cooperen libre y paritariamente en la designación de los árbitros. COLLIER, John y Vaughan LOWE. *Ob. cit.*, p. 220.

¹⁰² Sobre este punto véase el artículo 20.9, incisos 1b y d del CAFTA.

¹⁰³ Véase el artículo 22.7, inciso 1 del TLC entre Chile y los Estados Unidos de América.

¹⁰⁴ Como lo señala LOHMANN, Guillermo. *Ob. cit.*, p. 137: «No es válido, pues, el nombramiento de uno o más árbitros que definitivamente quede a la voluntad directa y exclusiva de una sola de las partes, sin posibilidad de objeción por la otra».

confección de estas listas facilita la posterior conformación de los paneles o grupos arbitrales, tan pronto surge una diferencia. Sin embargo, esta lista no debe ser en nuestro criterio cerrada —pues siempre es posible el surgimiento de una controversia compleja, cuya temática exceda las competencias y conocimientos de los árbitros originalmente incluidos en la lista— y, asimismo, debe estar conformada —como ya lo señalamos— por las listas nacionales alcanzadas por cada una de las Partes.

Un punto particularmente importante es que muchas veces una de las Partes en la controversia no cumple con entregar su lista de árbitros, con lo cual, impide la conformación del órgano arbitral. Por esta razón, creemos de suma importancia que las Partes se comprometan a entregar su lista de árbitros al momento de suscribir el acuerdo de libre comercio, de forma tal, de no dejarlo para un momento posterior, con los riesgos que ello conlleva. El Acuerdo debe incluir la lista de árbitros como uno de sus anexos, lo que permitirá a cada Parte estar segura de que el mecanismo de solución de controversias acordado no sucumbirá por la falta de una de ellas en la confección de la lista.

- d) En cuarto lugar, en cuanto a la nacionalidad de los árbitros, la práctica arbitral internacional señala que normalmente cada Parte suele designar árbitros de su propia nacionalidad,¹⁰⁵ motivados fundamentalmente por la confianza que depositan en él. En otras palabras, más allá de su versación en la materia, los Estados suelen «reclamar» al árbitro una fiabilidad que sólo se las da el compartir un vínculo jurídico-político (la nacionalidad), el mismo que les da tranquilidad en relación a su voto al momento de tomar la decisión. Asimismo, la nacionalidad ofrece también a las Partes cierta garantía de conocimiento de la realidad interna de cada Estado, lo que puede ser vital al momento de resolver la causa.¹⁰⁶ Sin embargo, en realidad se debe reconocer que se trata de una deformación de los objetivos del arbitraje, pues una vez que el árbitro es designado, se entiende que éste actúa con total autonomía de criterio. Como lo señala Vidal, en relación al arbitraje interno e internacional:

Como puede apreciarse, se ha institucionalizado la práctica del nombramiento de uno de los árbitros por cada Parte, sin embargo, la Parte considerará que está nombrando a «su árbitro», por considerarlo como persona de su confianza, pero no sólo porque confía en su idoneidad, sino porque puede tener confianza en que sea lo suficientemente permeable respecto de la posición que en el proceso sostiene la misma parte que lo ha nombrado y puede, así, recaer sistemáticamente el nombramiento en una misma persona, lo que viene a distorsionar el sentido del arbitraje y de la función arbitral.¹⁰⁷

Precisamente, partiendo de la necesidad de alcanzar autonomía e independencia en la solución de la disputa, es que las legislaciones nacionales,¹⁰⁸ leyes modelos de arbitraje como la Ley Modelo de UNCITRAL,¹⁰⁹ y las cláusulas arbitrales de algunos tratados comerciales,¹¹⁰ suelen señalar que la nacionalidad de una persona no es obstáculo para que la misma actúe como árbitro.

¹⁰⁵ SANDERS, Pieter. *Ob. cit.*, p. 184; MERRILLS, J. *Ob. cit.*, p. 92.

¹⁰⁶ UNCTAD. *Ob. cit.*, p. 41.

¹⁰⁷ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 77. En el mismo sentido véase UNCTAD. *Ob. cit.*, p. 41: «En la mayoría de los casos las partes seleccionan a un árbitro de su nacionalidad. Esta práctica ha sido cuestionada y pueden darse razones para justificar si unos factores mas importantes, como los conflictos de intereses basados, por ejemplo, en los estrechos vínculos personales o financieros existentes con las partes implicadas en la controversia de fondo, no deberían afectar el proceso de selección».

¹⁰⁸ Como por ejemplo la Ley General de Arbitraje del Perú (artículo 91).

¹⁰⁹ Véase el artículo 11 de la Ley Modelo UNCITRAL: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro».

¹¹⁰ Como se demuestra en el TLC entre Estados Unidos, Canadá y México, donde cada uno elige a los árbitros de la nacionalidad de la contraparte y donde el quinto árbitro puede no ser nacional de ninguno de los tres países miembros (artículo 201). Véase MERRILLS, J. *Ob. cit.*, p. 92.

¹¹¹ La misma disposición la encontramos en el artículo 22.7 del TLC entre Chile y los Estados Unidos de América.

Justamente, en esta línea se inscribe el ALCA, donde se señala que cada Estado Parte designará un árbitro que no podrá ser de su nacionalidad (artículos 13.2, literal c y 13.3, literal b). Asimismo, el artículo 20.7 del CAFTA dispone la conformación de una lista de árbitros por los Estados Partes del TLC, una parte de los cuales deben ser nacionales y otra no.¹¹¹ Aquí se combina entonces, el criterio de la nacionalidad con el de competencia, lo cual no constituye en nuestro criterio un elemento desfavorable para los intereses de los Países Andinos. Por el contrario, se trata de fórmulas que buscan eliminar cualquier distorsión en el criterio del árbitro, a fin de obtener una decisión justa y autónoma.

- e) En quinto lugar, en relación a los requisitos que deben cumplir los árbitros a ser designados, la doctrina y la práctica nacional e internacional en materia de arbitraje señalan que normalmente se exigen a los árbitros tres requisitos:
- I) competencia profesional en relación a las materias a ser conocidas por el panel o tribunal,
 - II) independencia de criterio, esto es, falta de vinculación con las Partes (más allá de la nacionalidad), y
 - III) comportamiento ético.¹¹²

El ALCA (artículos 12.3 y 12.4) así como el modelo del CAFTA propuesto para el TLC con los Estados Unidos van en esta misma línea. En este último caso, los cuatro requisitos exigidos a los árbitros en su artículo 20.7, inciso 2,¹¹³ coinciden con los tres criterios antes señalados, vale decir, el de la competencia profesional (literal a), independencia de criterio (literales b y c) y comportamiento ético (literal d).

- f) En sexto lugar, resulta importante a efectos de garantizar la imparcialidad de la solución arbitral, que las Partes cuenten con la potestad de recusar a los árbitros, en caso faltaren a sus deberes de función, incluyendo las obligaciones impuestas por el código de ética.¹¹⁴ Como se sabe, la recusación es el acto por el cual una de las Partes, o ambas, rechazan al árbitro nombrado por dudar de su idoneidad, imparcialidad o independencia, o por incumplimiento de los deberes inherentes a la función arbitral. En consecuencia, es a través de la recusación que una de las Partes en una controversia puede corregir la falta de imparcialidad¹¹⁵ e independencia de un árbitro, evitando así un fallo injusto. En este sentido, resulta de vital importancia prever esta facultad en cualquier compromiso arbitral, como en el ALCA o en el TLC con los Estados Unidos.

En el caso del ALCA (artículo 14.1) la facultad de recusación se encuentra acertadamente contemplada con carácter general. En tanto, si revisamos detenidamente el tema de la recusación de los árbitros prevista en el artículo 20.9, inciso 2 del CAFTA,¹¹⁶ comprobaremos:

- a) que el CAFTA limita *subjetivamente* la facultad de las Partes de recusar árbitros, al señalar que la misma puede darse tan sólo respecto de aquéllos no incorporados a la lista común; y,
- b) que el CAFTA también limita *temporalmente* la facultad de recusación al momento de la designación misma de los árbitros, no permitiendo una recusación posterior.

¹¹² VOSKUIJL, C. y Judith Ann FREEDBERG-SWARTZBURG. «Composition of The Arbitral Tribunal». En: *Essays on International Commercial Arbitration*. Londres: Graham & Trotman, 1989, pp. 70 y ss. Véase también UNCTAD. *Ob. cit.*, p. 41.

¹¹³ Los mismos requisitos son exigidos por el artículo 22.7, inciso 2 del TLC entre Chile y los Estados Unidos de América, el artículo N-09, inciso 2 del TLC entre Canadá y Chile, el artículo 19-08 del Grupo de los Tres, el TLC entre los Estados Unidos y Marruecos (artículo 20.7, inciso 5), el TLC entre Chile y la Unión Europea (artículo 185.2), el TLC entre Chile y Corea del Sur (artículo 19.7), el TLC entre Estados Unidos, Canadá y México (art. 2009, párrafo 2), entre otros. Sin embargo, estos requisitos no son mencionados en el TLC entre los Estados Unidos de América y el Reino de Jordania. Véase PLANK-BRUMBACK, Rosine, M. *Ob. cit.*, p. 48.

¹¹⁴ TUPMAN, W. Michael. «Challenge and Disqualification of arbitrators in International Commercial Arbitration». En: *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, 1989, p. 26; LA CHINA, Sergio. *Ob. cit.*, pp. 76-79; COLLIER, John y Vaughan LOWE. *Ob. cit.*, p. 222.

¹¹⁵ La imparcialidad apunta a que el árbitro no debe tener un interés en la controversia (por ejemplo, haber opinado antes sobre el tema). Véase TUPMAN, W. Michael. *Ob. cit.*, p. 29.

¹¹⁶ La misma disposición la encontramos en el artículo 22.9, inciso 2 del TLC entre Chile y los Estados Unidos de América, y en el artículo 2010 y 2011 del TLC entre Estados Unidos, Canadá y México. En otros TLC como los celebrados por Estados Unidos de América con Marruecos y el Reino de Jordania no se menciona absolutamente nada respecto al tema de la recusación de los árbitros. Sin embargo, en ambos casos, se prevé una regulación posterior para la selección de los árbitros, donde eventualmente podrían establecerse disposiciones al respecto.

Estas dos limitaciones carecen en nuestro concepto de mayor sentido, pues la causal que provoca la recusación puede ser sobreviniente al momento de la designación del árbitro o bien la información que fundamenta la recusación puede haber sido conocida posteriormente. En este sentido, creemos que la recusación debería ser contemplada para cada caso, desde el inicio del proceso arbitral, y siempre que no haya concluido la etapa probatoria.

Una figura distinta la encontramos en el artículo 14.3 del ALCA así como en el artículo 20.9, inciso 3 del CAFTA,¹¹⁷ cual es, la de la destitución. Se señala que la misma va a operar contra el árbitro que hubiere violado el código de conducta y siempre por «acuerdo de las Partes». No se trata, por tanto, de la figura de la recusación, que otorga a las Partes una mayor autonomía y libertad para cuestionar la independencia e imparcialidad del árbitro y que normalmente deja su solución al propio órgano arbitral. Se trata más bien de una figura, donde el consenso es necesario para lograr la separación del árbitro.

Al respecto, debemos señalar que desde el punto de vista material, no le vemos mayor sentido a esta figura, pues se encuentra ya cubierta por la recusación antes señalada. La recusación —como ya lo hemos dicho— puede operar cuando el árbitro faltare a sus deberes de función, incluyendo las obligaciones impuestas por el código de ética. Por lo demás, creemos que la recusación tiene la ventaja de ser unilateral y no consensual, lo que le otorga a cada Parte una mayor autonomía. Finalmente, debe ser el propio órgano arbitral y no las Partes por consenso, quien evalúe y resuelva la recusación, como opera en la mayoría de acuerdos comerciales ya citados.

- g) Finalmente, en cuanto a las remuneraciones y gastos del grupo arbitral, se propone que éstos sean asumidos por las Partes de la controversia en partes iguales, sin perjuicio de que dicho órgano posteriormente ordene que la Parte vencida asuma el pago de las cuotas que correspondan.

De otro lado, en cuanto a la conveniencia de incorporar al TLC o mantener en el ALCA¹¹⁸ la posibilidad de apelar la decisión del Panel o Grupo Arbitral, estimamos que si bien dicha posibilidad puede ofrecer mayor seguridad jurídica, al permitir la revisión de la decisión; una jurisprudencia más congruente y armoniosa;¹¹⁹ y asimismo, una mayor previsibilidad a las reglas de conducta en el comercio internacional.¹²⁰

- a) tal medida resulta innecesaria e inconveniente, pues al haberse agotado las consultas directas y la participación de la Comisión de Libre Comercio, debe ser el órgano arbitral quien resuelva la controversia en forma definitiva. Agregar un órgano de apelación alarga innecesariamente el mecanismo de solución, haciéndolo más oneroso;¹²¹

¹¹⁷ Véase el artículo 22.9, inciso 3 del TLC entre Chile y los Estados Unidos de América; el artículo 2010 y 2011 del TLC entre Estados Unidos, Canadá y México.

¹¹⁸ En el caso del ALCA, se contempla un órgano de apelación compuesto de siete miembros (artículo 25.1).

¹¹⁹ SACERDOTI, Giorgio «Appeal and Judicial Review in International Arbitration and Adjudication: The Case of The WTO Appellate Review». En: PETERSMANN, E.U. (ed). *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System, Studies in Transnational Economic Law*. La Haya: Kluwer Law International, vol. 11, 1997, p. 247; SWACKER, F. y otros. *World Trade Without Barriers. Comparative Dispute Resolution – Public and Private*. Charlottesville: Michie Betterworth, 1996, p. 33.

¹²⁰ RUIZ FABRI, H. «Appel et Reglement des Différends». En: *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, p. 119.

¹²¹ En el mismo sentido se manifiestan HOEKMAN, Bernard y Petros MAVROIDIS. *Ob. cit.*, setiembre de 1999, p. 30.

- b) asimismo, si bien órganos de apelación son contemplados en algunos convenios arbitrales, éstos suelen pactarse en arbitrajes internacionales incorporados a tratados multilaterales como el de la OMC,¹²² mas no en acuerdos bilaterales de carácter comercial¹²³ ni en acuerdos regionales, fundamentalmente, por el número de Estados participantes y por la diferente complejidad que implican unos y otros;¹²⁴
- c) finalmente, si bien en acuerdos como el de la OMC existe un órgano de apelación que viene actuando con gran éxito, las estadísticas nos indican que la utilización del órgano de apelación en este foro viene decreciendo en los últimos años, ante la comprobación fáctica de que el mismo suele básicamente confirmar lo resuelto en primera instancia.¹²⁵

Esto no niega, sin embargo, la necesidad y conveniencia de prever tanto en el ALCA como en el TLC otros recursos. Este es el caso del *recurso de aclaración*, destinado a solicitar al panel arbitral precisar mejor el sentido y alcance de su decisión, explicando una o más consideraciones en las que se funda el laudo;¹²⁶ o el *recurso de reconsideración*, que tiene por objeto solicitar al panel la revisión de su decisión, en base a nueva información relevante para el resultado del proceso que hubiese sido desconocida en la fecha de la expedición del laudo.¹²⁷ Este último recurso también pretende, de alguna manera, reforzar la idea del carácter innecesario del órgano de apelación.

6. *Determinar cuál es el mejor sistema para garantizar la ejecución de las decisiones de los Grupos Neutrales, a efectos de asegurar, por un lado, que todas las Partes cumplan las decisiones y, por otro, que las economías andinas no se vean seriamente afectadas en caso sean ellas a las que corresponda la ejecución de la decisión. Esto implica analizar el tema de las multas, las contribuciones monetarias y las compensaciones obligatorias.*

Todo sistema jurídico de normas, como el que se plantea en el ámbito del ALCA o del TLC con los Estados Unidos, debe prever distintas modalidades y grados de sanción, sea que se entienda por ella, la consecuencia jurídica que debe sufrir el infractor de una norma (enfoque represivo) o como la medida empleada para evitar que tal incumplimiento se produzca (enfoque preventivo).¹²⁸

Si bien la sanción no es un elemento intrínseco de la norma jurídica, sí constituye un factor necesario para evitar que se produzca la negación del derecho. En este sentido, la utilidad de la sanción no puede ser puesta en duda. La sanción permite ejercer una presión sobre los justiciables para que obedezcan el derecho, desalentando las conductas transgresoras; pero también permite reparar o neutralizar los efectos de una conducta contraria al derecho, restableciendo el equilibrio o compensando a la Parte perjudicada.¹²⁹

¹²² Véase el artículo 17 del Acuerdo. Según este, el Órgano Permanente de Apelación, es quien entenderá los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de los grupos especiales y está compuesto de siete personas. Sin embargo, se debe precisar que la razón por la cual se incorporó el órgano de apelación en la OMC fue de carácter político, «dado que el Órgano de Apelación fue previsto como una compensación a la eliminación del derecho de veto, con el propósito de disminuir errores jurídicos y mantener criterios uniformes». Véase JACKSON, J.H. «The WTO dispute settlement understanding on the nature of legal obligation». En: CAMERON, James y Karen CAMPBELL. *Dispute Resolution in the World Trade Organisation*. Cameron May, 1998, p. 72.

¹²³ La ausencia de un órgano de apelación no sólo se presenta en el CAFTA, sino también en el TLC entre Chile y los Estados Unidos de América; en el TLC entre Chile y Corea del Sur, en el TLC entre Chile y la Unión Europea, en el TLC entre los Estados Unidos de América y Marruecos y en el TLC entre los Estados Unidos de América y el Reino de Jordania.

¹²⁴ COMUNIDAD ANDINA. *Informe de la Vigésimo Primera Reunión...*, p. 13. Véase posición del MERCOSUR

¹²⁵ LEITNER, Kara y Simon LESTER. «WTO dispute settlement 1995-2003: A statistical analysis». En: *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press, 2003, p. 176.

¹²⁶ Este recurso está también previsto en el artículo 29 del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

¹²⁷ Este es el caso del artículo 295 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia de la CAN.

¹²⁸ DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. Lima: Ediciones Valenzuela, 1983, pp. 75-76.

¹²⁹ ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Lima: Sesator, 1980, pp. 149-152.

Por esta razón, todos los tratados internacionales —incluyendo los de libre comercio— suelen prever distintas modalidades de sanción ante los eventuales incumplimientos de las Partes. El ALCA y el TLC no pueden ser la excepción.

En todo caso, la discusión debe girar en torno a cuál es la modalidad de sanción más adecuada y pertinente para estos acuerdos, para lo cual se deben tomar en cuenta ciertos factores relevantes que analizaremos más adelante.

Mientras tanto, debemos señalar que tanto el ALCA a partir de su artículo 31, como el CAFTA en su artículo 20.16, consagran distintas alternativas destinadas a eliminar el incumplimiento de una de las Partes o la anulación o menoscabo que el grupo arbitral o neutral haya determinado. En este sentido, establecen que si las Partes no llegan por consenso a una solución de la controversia, luego de 45 días de recibido el informe final del grupo arbitral, éstas iniciarán negociaciones para acordar una *compensación mutuamente aceptable* (art. 31.3 del ALCA, art. 20.16, inc. 1 del CAFTA). Esto resulta altamente novedoso, pues a la tradicional alternativa de la retorsión (suspensión unilateral de beneficios) se antepone la compensación monetaria mutuamente acordada. Luego, si no se llega a un acuerdo sobre esta materia en 30 días o no se cumple con la compensación acordada, la Parte reclamante podrá unilateralmente *suspender la aplicación de beneficios* (art. 32.2 del ALCA, art. 20.16, inc. 1 del CAFTA), cuyos niveles y alcances pueden ser examinados por el Grupo Arbitral a solicitud de la Parte demandada (art. 32.5 del ALCA, art. 20.16, inc. 3 del CAFTA). Sin embargo, la suspensión de beneficios no procederá, si la Parte demandada notifica dentro de un plazo establecido a la Parte demandante su decisión de llegar a un acuerdo para fijar una *contribución monetaria* (art. 34.1 del ALCA, art. 20.16, inc. 6 del CAFTA). Si dicha contribución (multa) no es cancelada, la Parte demandante podrá suspender la aplicación de beneficios (art. 34.3 del ALCA, art. 20.16, inciso 8 del CAFTA).¹³⁰

Si analizamos detenidamente la fórmula antes descrita, tendríamos que concluir que:

- a) En primer lugar, siendo consecuentes con lo expresado en el numeral 3 de este informe, creemos que debe ser el órgano arbitral quien determine en su informe único (laudo), de manera obligatoria y definitiva, la existencia o no de un incumplimiento del Tratado por una de las Partes, así como la modalidad de reparación. Esta fórmula tiene varias ventajas en relación a la consagrada en el modelo ALCA/CAFTA:
 - I) Se reducen los tiempos de duración del sistema de solución de controversias, concretamente, todos los plazos de negociación previstos en el ALCA y en el CAFTA para la determinación de si hubo o no incumplimiento, así como para establecer cada modalidad de reparación (compensación mutuamente aceptable, suspensión de beneficios, contribución monetaria).
 - II) Como consecuencia de lo anterior, se reducen también los costos que las Partes tendrían que soportar para arribar, en cada oportunidad, a estos consensos.
 - III) Elimina cualquier posibilidad de presión en la negociación, estableciendo soluciones técnicas uniformes para todas las Partes.
- b) En segundo lugar, en relación al contenido y forma de la reparación, creemos que si el órgano arbitral determina la existencia de un incumplimiento por una de las Partes, el

¹³⁰ Básicamente el mismo esquema está contenido en el TLC entre los Estados Unidos de América y Marruecos (art. 20.11) y en el TLC entre Chile y los Estados de América (artículos 22.14 y 22.15), con la única diferencia que en este último tratado se especifica que la contribución monetaria será anual. Sin embargo, en el TLC entre Estados Unidos y el Reino de Jordania se asume un esquema diferente. En efecto, se establece que si el Comité Ministerial no llega a un acuerdo para dar solución a la controversia «la parte afectada será autorizada para tomar cualquier medida apropiada y proporcionada» (art. 17, inc. 2, lit. d).

laudo más que el pago de una multa o una suspensión de beneficios, debería contener un Plan de Acción, que incluya propuestas de medidas a ser implementadas por el Estado infractor para corregir el incumplimiento, así como una compensación comercial.

Y es que para establecer el tipo de sanción que debe imponerse al interior del ALCA o del TLC, ante eventuales incumplimientos estatales, se debe tomar en cuenta, entre otros, un factor fundamental.

Nos referimos a que la sanción debe considerar las desigualdades existentes entre los países que conforman este acuerdo de libre comercio, de forma tal que al ser impuesta contribuya a equiparar a las Partes y no a ahondar sus diferencias.¹³¹ En este sentido, las sanciones deben estar destinadas precisamente al fortalecimiento de la aplicación de la legislación del Estado demandado o al mejoramiento de sus estándares y no a la simple compensación monetaria del Estado demandante. La premisa es que una sanción meramente compensatoria puede ahondar la brecha existente entre los países miembros, provocando consecuentemente una elevación de los índices de incumplimiento, razón por la cual se debe optar por un esquema de sanciones que a la larga promueva la capacidad de cumplimiento de los países miembros menos desarrollados. Asimismo, difícilmente un país en desarrollo está en la posición de tomar represalias en contra de un país desarrollado, incluso si es autorizado a hacerlo por el órgano de solución de diferencias correspondiente.¹³²

En este sentido, se plantea:

- a) Que el panel o grupo arbitral, al momento de emitir su laudo, fije un plan de acción conteniendo diversas alternativas o propuestas de medidas a ser implementadas por el Estado infractor, de manera tal que éste dé cabal cumplimiento al acuerdo, en un plazo determinado. Este plan no sólo permitirá dar por concluido el incumplimiento del Estado en el caso concreto materia de la demanda, sino eliminar cualquier posibilidad de incumplimiento a futuro, por esa misma causa. Por lo demás, el CAFTA (artículo 20.15, inciso 3) prevé esta posibilidad, al igual que lo hacen otros acuerdos comerciales.¹³³ La diferencia es que en el CAFTA el Plan de Acción es mutuamente acordado por las Partes, mientras que nuestra propuesta implica que dicho plan sea establecido por el panel o grupo arbitral.
- b) Que el panel o grupo arbitral establezca una compensación comercial (no monetaria) con carácter temporal, en tanto se implemente a cabalidad el plan de acción y cese por tanto el incumplimiento. Tratándose de los países en desarrollo que dependen de un número limitado de productos / mercados de exportación, pueden sufrir fuertes pérdidas comerciales durante el curso de una disputa en referencia a una medida tomada en contra de ellos por parte de un país desarrollado. Por esta razón, resulta fundamental prever mecanismos de compensación que eviten que el daño se profundice.¹³⁴
- c) No obstante, en la eventualidad que la Parte demandada incumpla la decisión arbitral (esto es, con implementar el plan de acción en el plazo establecido), el Panel —a

¹³¹ MANTILLA, Enrique. *La Dimensión Sociolaboral de la Integración. ALCA 2005*. Santiago: OIT, 2002, pp. 18-19, 136.

¹³² SOUTH CENTRE. *Ob. cit.*, p. 31.

¹³³ La misma disposición la encontramos en el artículo 22.14, inciso 3 del TLC entre Chile y los Estados Unidos de América.

¹³⁴ SOUTH CENTRE. *Ob. cit.*, p. 31.

¹³⁵ En este punto se sigue el mismo planteamiento previsto en el Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC (artículo 23, párrafo 3).

¹³⁶ COMUNIDAD ANDINA. *Informe de la Vigésima Primera Reunión...*, p. 14. Véase la posición de México.

solicitud de Parte— podrá autorizar al demandante a suspender los beneficios de efecto equivalente con respecto al sector afectado por la medida y, si ello no es posible o no repara el daño ocasionado, podrá aplicarse la suspensión con respecto a otro sector.¹³⁵ En este punto, nos parece importante destacar que el Estado demandante no pueda adoptar estas medidas unilateralmente, sino que las mismas deben sujetarse al pronunciamiento del panel arbitral,¹³⁶ quien, luego de escuchar a ambas Partes, determinará no sólo la procedencia de la medida, sino también el contenido de la misma. De esta manera, se pretende garantizar la efectividad del sistema de solución de diferencias, pero también que la reparación sea justa y equitativa.

Precisamente, sobre esto último, es importante tener en cuenta que la suspensión de beneficios, si es eventualmente decretada por un país andino, será difícilmente «equivalente» a la medida adoptada por un país desarrollado.¹³⁷ La experiencia de Ecuador en el caso EC-Bananas es esclarecedora al respecto.¹³⁸ Por esta razón, algunos plantean la necesidad de admitir la posibilidad de aplicar una suspensión de beneficios colectiva (y no sólo por el Estado directamente afectado), siempre que una suspensión individual resultara insuficiente.¹³⁹ Otros, proponen que los países desarrollados den una compensación monetaria en su lugar por los daños sufridos. No obstante, en este último caso, algunos objetan que la compensación monetaria sea una buena solución, ya que permitiría a los países con más recursos «comprar» su propio incumplimiento.¹⁴⁰ Al respecto, creemos que no debe olvidarse, por un lado, que esta compensación no eximirá al Estado infractor de la obligación de dejar sin efecto la medida objeto de la demanda. Y, por otro lado, que más que posturas «principistas», debe analizarse este tema con criterio práctico. Desde este punto de vista, la compensación monetaria puede ser una buena alternativa.

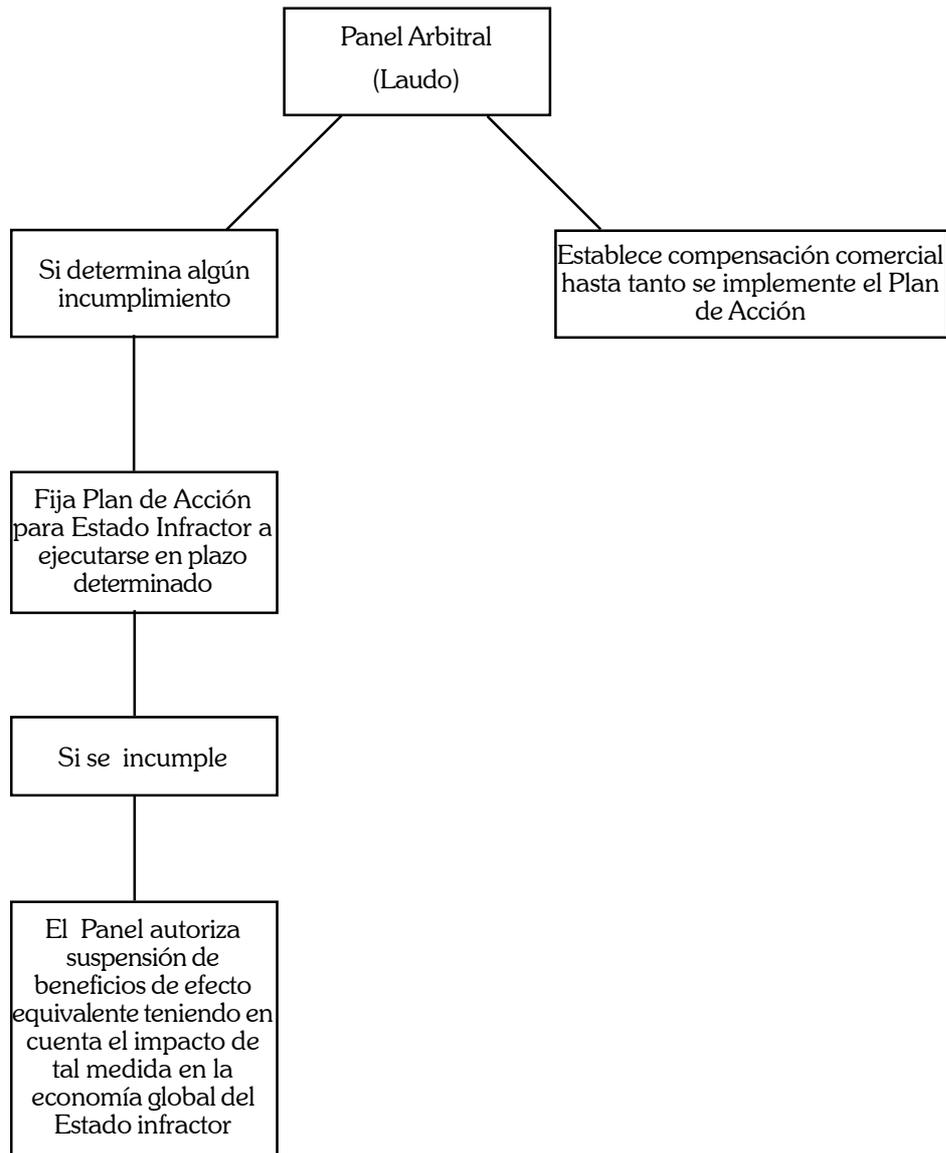
- d) En todo caso, debe establecerse claramente que para la fijación de la compensación comercial, para la determinación de la suspensión de beneficios como para la eventual aplicación de compensaciones monetarias o multas, el órgano arbitral deberá tener en cuenta el impacto de tal medida en la economía global del Estado. Esto puede determinar en la práctica —sin necesidad de recurrir al mecanismo del trato especial y diferenciado— que se alcance una mayor simetría y efectividad en el tema de reparaciones. Por ejemplo, si al determinar una suspensión de beneficios, se toma en cuenta este criterio, seguramente la suspensión será más gravosa en el caso de que el infractor sea un país desarrollado, en tanto el impacto que su incumplimiento puede haber generado en la economía global del país en desarrollo, habrá sido seguramente, igualmente grave. En el caso inverso, sucederá exactamente lo contrario. En consecuencia, la aplicación de este criterio en la determinación de la naturaleza y composición de las reparaciones, permitirá que las mismas sean reales y efectivas, pero también simétricas.
- e) Sin perjuicio de lo anterior, cuando el Estado demandado considere que ha cumplido con el Plan de Acción, y por ende, eliminado la disconformidad o la anulación o menoscabo constatada por el grupo arbitral, podrá someter el asunto a conocimiento de éste, a efectos de que se restablezcan los beneficios que se hubieren suspendido.
- f) A efectos de ilustrar más claramente el sistema de reparación propuesto, alternativo al actualmente previsto en los esquemas de solución de controversias del ALCA y del CAFTA, presentamos el siguiente gráfico:
- g) Por último, en relación a las controversias laborales y ambientales, se plantea mantener el esquema de reparación previsto en los esquemas del ALCA y del TLC: en primer lugar, porque la fórmula propuesta en estos acuerdos busca disminuir la brecha

¹³⁷ BUSCH, Marc y Eric REINHARDT. «Developing Countries and General Agreement on Tariffs and Trade / World Trade Organization Dispute Settlement». En: *Journal of World Trade*. N° 37 (4), La Haya: Kluwer Law International, 2003, p. 723. Véase también HOEKMAN, Bernard y Petros MAVROIDIS. *WTO Dispute Settlement, Transparency and Surveillance*. Ginebra: Banco Mundial, noviembre de 1999, p. 5; HOEKMAN, Bernard y Petros MAVROIDIS. *Ob. cit.*, setiembre de 1999, p. 9.

¹³⁸ FERRAZ, Valeria y Omar ODARDA. *Ob. cit.*, p. 172.

¹³⁹ SOUTH CENTRE. *Ob. cit.*, p. 31. En el mismo sentido véase HOEKMAN, Bernard y Petros MAVROIDIS. *Ob. cit.*, setiembre de 1999, pp. 9-10.

¹⁴⁰ FERRAZ, Valeria y Omar ODARDA. *Ob. cit.*, p. 172.



existente entre las economías de los Estados Participantes, no limitándose a imponer una multa o contribución económica, sino que ésta se destina a un fondo que permitirá el mejoramiento de los estándares laborales y ambientales de los países en desarrollo. En segundo lugar, por el tipo de obligaciones que involucra los temas laborales/ ambientales (complejos y de largo alcance), que hacen más conveniente para los países andinos el pago de una contribución monetaria única que una compensación comercial prolongada en el tiempo.

7. *Analizar el tipo de medidas concretas que se podrían plantear para que los países andinos se beneficien de un trato especial y diferenciado en los sistemas de solución de controversias del ALCA y el TLC con Estados Unidos.*

¹⁴¹ FERRERO, Alfredo. «Trato Especial y Diferenciado para Países en Desarrollo». En: *Themis*, N° 43, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 259.

En los acuerdos comerciales multilaterales y regionales,¹⁴¹ viene insertándose un precepto conocido como el principio de trato especial y diferenciado, en virtud del cual se reconoce las diferencias en los grados de desarrollo de los países, dándose a aquellos que se encuentran en desarrollo un trato privilegiado en ciertos ámbitos, que les permita obtener beneficios reales de su participación en el comercio internacional. A través de estas medidas, se consigue fomentar la participación de países en desarrollo en el comercio internacional, lo cual repercute en el crecimiento de la economía mundial.

El principio del trato especial y diferenciado tiene entonces como objetivo, compensar las desigualdades estructurales entre los países en desarrollo y los países desarrollados, que se manifiestan en términos de participación en las corrientes de comercio, acceso al financiamiento y a la tecnología y debilidades de infraestructura¹⁴². Y, a través de esta comprensión, se busca, por un lado, alcanzar una participación equitativa y eficiente de todos los países en las corrientes del comercio y en el crecimiento de la economía mundial, y, por otro lado, el bienestar de la población en todos los países del mundo

Así por ejemplo, tenemos el caso de la Organización Mundial de Comercio (OMC)¹⁴³ que contiene a partir de la Ronda de Uruguay (1986 – 1994), 97 disposiciones sobre trato especial y diferenciado.¹⁴⁴ Específicamente, en el campo de la solución de diferencias, se dispone que en la etapa de consultas y en el informe del grupo especial o neutral se tomen en cuenta los problemas e intereses particulares de los países en desarrollo (artículos 4.10 y 12.11); se contempla una ampliación del período de consultas cuando se refiera a una medida adoptada por países en desarrollo (artículo 12.10), y se establecen una serie de medidas, destinadas a un acceso efectivo de estos países a este mecanismo; por ejemplo, mediante la creación en la Tercera Conferencia Ministerial de Comercio de 1999, del Centro de Asesoría en Asuntos Legales, destinado a brindar asesoría jurídica y capacitación a los países en desarrollo, con tarifas menores que las que normalmente existen en el mercado.¹⁴⁵

De otro lado, podemos señalar el caso del Acuerdo para la conformación de un Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).¹⁴⁶ Aquí, no sólo se dispone prestar particular consideración al nivel de desarrollo de los países en todas las etapas del procedimiento de solución de diferencias (art. 6.1), sino también, se establece que la Secretaría preste asesoría y asistencia jurídica, poniendo expertos a disposición de los países en desarrollo, así como organice cursos especiales de formación (art. 7.1). También se permite a los PED ampliar el período de consultas o solicitar prórroga para contestar (art. 9.3) y se ordena tomar en cuenta la situación de estos países al momento de acordar la compensación mutuamente satisfactoria (art. 31.5).

En el ámbito de la Comunidad Andina, se cuenta con disposiciones a favor de Bolivia y Ecuador para el cumplimiento de ciertas decisiones andinas. Lo mismo ocurre con ciertos

¹⁴² *Idem.*

¹⁴³ Actualmente conformada por 146 países de mundo.

¹⁴⁴ CEARA – HATTON, Miguel y Pável, ISA-CONTRERAS. *Special and Differential Treatment in Trade Regimes: A Comparative Analysis between the WTO, the FTAA and the EPAs*. Centro de Investigación Económica para el Caribe (CIECA), diciembre del 2003. Véase el Sumario Ejecutivo.

¹⁴⁵ Véase el artículo 27.2 del Acuerdo de la OMC. SOUTH CENTRE. *Ob. cit.*, pp. 18-23. MOSETI, Víctor. *Ob. cit.*, p. 82.

¹⁴⁶ Compuesto por 34 países del hemisferio americano. Véase COMUNIDAD ANDINA. *Informe de la Vigésima Reunión. Grupo de Negociación sobre Solución de Controversias (GNSC). Área de Libre Comercio de las Américas*. Puebla, 28-30 de abril de 2003, pp. 3-4. Sin embargo, algunos autores consideran que dada la extrema diversidad de países que lo integran, será difícil alcanzar en el ALCA una total simetría, siendo necesario agregar otras disposiciones que la garanticen. Véase OROPEZA GARCÍA, Arturo. *Ob. cit.*, p. 43.

¹⁴⁷ FERRERO, Alfredo. *Ob. cit.*, p. 258.

¹⁴⁸ BARRAL, Welber. *Ob. cit.*, p. 146. En el mismo sentido, véase FERRAZ, Valeria y Omar ODARDA. *Ob. cit.*, p. 157: «... se trata más bien de disposiciones declamatorias y la experiencia demuestra que ha sido difícil obligar a su cumplimiento efectivo».

países en el Mercado Común Centroamericano (MCCA), en la Comunidad y Mercado Común Centroamericano (CARICOM) y en el Mercado Común del Cono Sur (MERCOSUR).¹⁴⁷

Sin embargo, se debe señalar que tanto en el caso de la OMC como en el del ALCA, la práctica nos demuestra que algunas de sus disposiciones destinadas a alcanzar un trato especial y diferenciado en su sistema de solución de diferencias, en favor de los países en desarrollo, carecen de eficacia, resultando meramente programáticas.¹⁴⁸ A manera de ejemplo, puede señalarse que el artículo 4.10 del Entendimiento de Solución de Controversias del ALCA, la OMC determina que durante la etapa de consultas los miembros darán especial atención a los problemas e intereses particulares de los países en desarrollo; sin embargo, la extrema vaguedad con que ha sido redactada esta disposición, la convierte en una norma carente de efectos prácticos.¹⁴⁹

Por esta razón, en el caso del ALCA, más que nuevas disposiciones que consagren mayores ventajas para los países en desarrollo, la doctrina coincide en plantear que se mantengan las existentes y asimismo se aclaren disposiciones como la contenida en el artículo precitado, a efectos de dotarla de un contenido claro.¹⁵⁰

De otro lado, tratándose de acuerdos comerciales de carácter bilateral o trilateral, no se consideran disposiciones de este tipo;¹⁵¹ no obstante, la presencia de países en desarrollo y de los diferentes tamaños de las economías participantes. Esto ocurre por ejemplo en el Tratado de Libre Comercio firmado por México, Colombia y Venezuela (G3), en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) celebrado entre Canadá, Estados Unidos y México, en el TLC entre Estados Unidos de América y Chile, en el TLC entre Estados Unidos y Centro América (CAFTA), en el TLC entre Chile y Corea del Sur, en el TLC entre Estados Unidos de América y Marruecos o en el TLC entre Estados Unidos de América y el Reino de Jordania.

Esta práctica fundamentalmente se explica en el hecho de que si bien en acuerdos comerciales multilaterales donde participan por igual países desarrollados y países en desarrollo (como la OMC) puede justificarse un trato especial y diferenciado en favor de estos últimos, resulta difícil reclamar este mismo trato en acuerdos bilaterales o trilaterales, donde sólo una de las Partes es un país desarrollado y el resto, países en desarrollo. Precisamente, la celebración de tratados comerciales bilaterales por parte de los Estados Unidos de América, tiene entre sus principales motivaciones, no sólo la posibilidad de ejercer con mayor libertad una mayor presión sobre la contraparte, sino y fundamentalmente, el descartar toda disposición sobre trato especial y diferenciado en favor de los países en desarrollo.¹⁵²

La aceptación de esta realidad nos conduce a insistir en la importancia de llevar adelante las modificaciones planteadas en este informe, al esquema de solución de controversias del TLC propuesto por los Estados Unidos, destinadas a alcanzar una mayor simetría entre las Partes de la controversia (véase los puntos 2, 3, 4, 5 y 6 del presente informe).

¹⁴⁹ *Idem.*

¹⁵⁰ Véase FERRAZ, Valeria y Omar ODARDA. *Ob. cit.*, p. 157.

¹⁵¹ Incluso algunos países como Estados Unidos y Canadá cuestionaron que se establezcan diferencias entre los países desarrollados y los países en desarrollo en un Tratado como el ALCA, donde existen 32 países en desarrollo y 2 desarrollados. Véase COMUNIDAD ANDINA. *Informe de la Vigésima Tercera Reunión. Grupo de Negociación sobre Solución de Controversias (GNSC). Área de Libre Comercio de las Américas.* Puebla, 18-22 de agosto de 2003, p. 22. Véase la posición de Canadá. Véase también OROPEZA GARCÍA, Arturo. *Ob. cit.*, p. 43.

¹⁵² Véase sobre lo dicho a BARRAL, Welber y Paula SCHLEE. «Área de Libre Comercio de las Américas – ALCA». En: *DeCita: Solución de Controversias*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavallia, mayo de 2004, pp. 428-429.

¹⁵³ FERRAZ, Valeria y Omar ODARDA. *Ob. cit.*, p. 158.

Por lo demás, como señalan Ferraz y Odarda:

[...] se duda en que la aplicación del trato especial y diferenciado en materia de procedimiento haga una verdadera diferencia a favor de los países en desarrollo, ya que los verdaderos beneficios deberían esperarse en el marco de la disposiciones de fondo contenidas en los demás Acuerdos.¹⁵³

Ello explica por qué en la práctica de la OMC, los países en desarrollo no suelen hacer uso de las disposiciones sobre trato especial y diferenciado, en materia de procedimiento. Roessler (Director del Centro de Asesoramiento Legal en Asuntos de la OMC) sostiene:

[...] que una vez que los países en desarrollo tienen un caso, prefieren no solicitar la aplicación de dichas disposiciones para impedir que no se menoscabe la legitimidad de la decisión que se dicte en su favor, condenando al país desarrollado.¹⁵⁴

En consecuencia, creemos que los esfuerzos de los países andinos deben encaminarse a lograr plasmar estas modificaciones en el esquema de solución de diferencias del TLC, mas que insistir en consagrar un trato especial y diferenciado, política y jurídicamente difícil de sustentar, en un acuerdo de esta naturaleza.

PARTE II: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En síntesis, del análisis de cada uno de los siete puntos materia de la presente consultoría, es posible arribar a las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1. En cuanto a la naturaleza que debería tener el TLC que viene siendo negociado entre los países andinos y los Estados Unidos de América, nos inclinamos a favor de un TLC bilateral, cuyas Partes sean, por un lado, Colombia, Ecuador y Perú y, por otro, los Estados Unidos de América.

Esta fórmula permitirá preservar la autonomía y primacía del ordenamiento jurídico andino; pero también la jurisdicción privativa o exclusiva del Tribunal de Justicia de la CAN en materias comunitarias; que Colombia, Ecuador y Perú se liberen de futuras Acciones de Incumplimiento ante el Tribunal Andino; y que se facilite la armonización entre las disposiciones del TLC y las del ordenamiento jurídico de la CAN.

Por lo demás, esta fórmula no impide a futuro la adhesión al TLC del resto de países andinos, como tampoco la denuncia o el retiro de alguno de ellos, sin que ello implique la terminación del tratado.

No obstante, de asumirse un esquema plurilateral, se recomienda establecer una cláusula de resguardo (primacía) del ordenamiento jurídico andino frente a las disposiciones del TLC, como sucede en otros acuerdos de libre comercio. Asimismo, se sugiere que los países andinos no asuman entre sí el sistema de solución de controversias del TLC (al igual que ocurre en el acuerdo de creación del Grupo de los Tres – G3) o, en todo caso, se consagre la prevalencia del foro regional.

¹⁵⁴ Véase ROESSLER, F. «Special and Differential Treatment of Developing countries under the WTO Dispute Settlement System». En: PETERSMANN, E.U. (editor). *Preparing the Doha Development Round: Improvements and Clarifications of the WTO Dispute Settlement Understanding Conference Report*. Florencia, 2002, pp. 119-124.

Finalmente, en cuanto al ALCA —como tratado plurilateral— se hacen extensivas las mismas recomendaciones formuladas en el acápite anterior para el TLC. En todo caso, no debe descartarse otra fórmula de solución, cual es la posibilidad de admitir en el ALCA la incorporación de organizaciones internacionales de integración como la CAN, paralelamente a la de sus países miembros.

2. A efectos de alcanzar un acceso efectivo y simétrico de todas las Partes en el sistema de solución de controversias del ALCA y del TLC, se sugiere, en primer lugar, privilegiar en ambos esquemas, la opción legal antes que la política, lo que permitirá reducir plazos y costos, así como eliminar el factor «presión» que puede estar presente en toda negociación asimétrica.

En segundo lugar, en relación a los elevados costos para acceder al sistema de solución de diferencias, si bien existen disposiciones positivas contempladas en el último borrador del ALCA, que buscan paliar precisamente esta situación, las mismas que deben mantenerse, en el TLC no existe ninguna disposición al respecto. En este sentido, se plantea: a) reducir drásticamente los plazos contemplados en el esquema de solución de diferencias del TLC a efectos de alcanzar un proceso de solución más rápido y menos oneroso; b) modificar el procedimiento mismo (eliminando el consenso para la designación del árbitro de Parte, el informe preliminar y final, sustituyéndolos por un laudo único y obligatorio, etc.), c) fijar como sede del órgano arbitral, el territorio del país con menor desarrollo relativo que forme parte de la controversia y, d) establecer un orden de prioridades a efectos de aprovechar de manera eficiente los escasos recursos del Estado.

En tercer lugar, en cuanto a la ausencia en los países andinos de cuadros profesionales especializados en la defensa de controversias comerciales internacionales, el actual borrador del ALCA también contiene disposiciones destinadas a mejorar las posibilidades de defensa de los países en desarrollo, las mismas que deben mantenerse.

Esto, a diferencia del TLC, que no contiene ninguna disposición al respecto. En ese sentido, se recomienda: a) demandar mayor cooperación técnica y financiera internacional para capacitar a funcionarios estatales de la subregión en temas vinculados a la solución de controversias comerciales internacionales, b) crear centros subregionales de asesoría y asistencia legal con fondos comunes, c) asumir una defensa común entre los países andinos en temas de interés subregional, d) trabajar con el sector académico nacional y, e) asociarse con ONG's, asociaciones de consumidores y otros grupos de presión, a efectos de financiar los gastos propios de la defensa.

3. La presencia de un órgano de decisión intergubernamental en el sistema de solución de controversias del ALCA o del TLC, en nuestro criterio implica: a) desnaturalizar los objetivos para los cuales fue creado el arbitraje, b) insistir innecesariamente en una fórmula de solución negociada que ya fue agotada en etapas anteriores, c) prolongar excesivamente el sistema de solución de controversias, lo que implica un mayor costo del proceso, y d) introducir consideraciones de naturaleza política en el esquema de solución, lo que puede resultar inconveniente para la parte más débil de la controversia.

Por tal razón, se recomienda que el panel u órgano arbitral en ambos sistemas de solución de controversias, tenga poder decisorio, emitiendo un solo informe (laudo) de carácter jurídico y obligatorio.

4. La participación de particulares u ONG's en los mecanismos de solución de controversias

del ALCA y del TLC puede significar ahondar cuantitativa y cualitativamente las asimetrías entre los países andinos y los Estados Unidos, en relación a sus posibilidades de defensa ante el órgano de solución de diferencias.

Por esta razón, sugerimos se elimine esta participación en el esquema de solución de controversias del TLC —como ocurre en el actual borrador del ALCA—, o que se mantenga, siempre y cuando ésta se presente al interior de cada Estado y no en el proceso mismo. De adoptarse esta última fórmula: a) se lograría cumplir con los objetivos de transparencia y enriquecimiento del criterio del órgano arbitral para los cuales se planteó la participación de estas organizaciones; b) se evitarían presiones al órgano arbitral por parte de entidades ajenas al proceso, c) se agilizaría el proceso de prueba, d) como consecuencia de lo anterior, se reducirían los costos del proceso, y e) se preservaría una mayor simetría entre las Partes.

5. En cuanto a la conformación y nombramiento del grupo arbitral en el ALCA y en el TLC, teniendo en cuenta lo señalado por la doctrina y la práctica arbitral interna e internacional, así como las características de ambos sistemas de solución de diferencias, se recomienda: a) designar un panel o tribunal ad hoc y no permanente; b) este panel debe estar conformado por un número impar de árbitros (tres); c) cada Parte debe designar de manera autónoma un árbitro y el tercero debe ser designado por los otros dos árbitros o por consenso entre las Partes, operando el sorteo como mecanismo supletorio de designación; d) resulta conveniente conformar una lista de árbitros, a partir de las listas nacionales alcanzadas por cada una de las Partes (no consensuadas), no debiendo tener dicha lista carácter cerrado; e) no se considera relevante la nacionalidad de los árbitros; f) los requisitos que deben cumplir los árbitros son: el de competencia profesional, independencia de criterio y comportamiento ético; y, g) se debe admitir la recusación de los árbitros, desde el inicio del proceso y siempre que no haya concluido la etapa probatoria.

6. Si bien se es consciente de las ventajas que ofrece un órgano de apelación, consideramos que el mismo no debe ser establecido ni en el sistema de solución de diferencias del ALCA ni del TLC, no sólo por resultar inconveniente, al alargar el mecanismo de solución, haciéndolo más oneroso; sino también por innecesario, debido al número de Estados participantes y la menor complejidad que poseen las controversias derivadas de estos acuerdos, en relación con otros de carácter multilateral como el de la OMC. Incluso, en este último acuerdo, la utilización del órgano de apelación por los Estados Miembros viene decreciendo en los últimos años, ante la evidencia de que el mismo suele básicamente confirmar la decisión tomada en primera instancia.

Sin embargo, esto no niega la necesidad y conveniencia de prever otros recursos, como el de aclaración y el de reconsideración.

7. En cuanto al sistema de ejecución de las decisiones de los grupos neutrales o arbitrales del ALCA y del TLC, se plantea una modificación sustantiva.

En primer lugar, se propone que el órgano arbitral sea quien determine la existencia de un incumplimiento del tratado por una de las Partes, de manera definitiva y obligatoria.

En segundo lugar, en cuanto al contenido y forma de reparación, se propone que el órgano arbitral fije una plan de acción (no una multa, compensación monetaria ni

suspensión de beneficios) conteniendo diversas alternativas o propuestas a ser implementadas por el Estado infractor para corregir el incumplimiento, así como una compensación comercial (no monetaria) con carácter temporal, en tanto se implemente a cabalidad este plan, en el plazo señalado por el órgano arbitral. No obstante, si la parte demandada incumple el plan de acción en el plazo establecido, el Panel —a solicitud de Parte— podrá autorizar al demandante a suspender los beneficios de efecto equivalente con respecto al sector afectado por la medida y, si ello no es posible o no repara el daño ocasionado, podrá aplicarse la suspensión con respecto a otro sector.

En cuando a esto último, a efectos de lograr que la suspensión de beneficios decretada por un país en desarrollo sea de alguna manera eficaz y equivalente a la suspensión que podría implementar un país desarrollado, se plantea: a) la posibilidad de admitir la aplicación de una suspensión de beneficios colectiva, o, b) que los países desarrollados den una compensación monetaria en su lugar por los daños sufridos.

En todo caso, se señala que para la fijación de la compensación comercial, para la determinación de la suspensión de beneficios o para la eventual aplicación de multas o compensaciones monetarias, se tenga en cuenta el impacto de tal medida en la economía global del Estado. De esta manera se logrará que la reparación sea real, efectiva y simétrica.

8. En cuanto a la incorporación de disposiciones sobre trato especial y diferenciado, en el sistema de solución de controversias del ALCA y del TLC, se propone, en el primer caso, que se mantengan las disposiciones contenidas en el último borrador de dicho acuerdo, aclarando tan sólo algunas de ellas, por ser algo imprecisas o de carácter programático.

En cuanto al TLC, ante la imposibilidad de consagrar disposiciones similares a las del ALCA, fundamentalmente por el carácter bilateral del primero y la ausencia de precedentes, se insiste en la necesidad de incorporar a su esquema de solución de diferencias, las modificaciones planteadas a lo largo de este informe, lo que permitirá alcanzar una mayor simetría entre todas las Partes de la controversia.

COMUNIDAD
ANDINA

SECRETARIA GENERAL



**Banco Interamericano
de Desarrollo**