

n°100

CONTENIDO

- **Editorial**
Ni tanto que queme al santo, ni tan poco que no lo alumbre

- **Parámetros de la constitucionalidad del Impuesto Temporal a los Activos Netos**
Análisis de la constitucionalidad del Impuesto Temporal a los Activos Netos (ITAN).

- **P.L. 1345: Propone Ley de Negociaciones Comerciales**
La propuesta señala principios rectores y el marco para las negociaciones comerciales internacionales de los acuerdos de libre comercio

**INFORMATIVO
REFLEXIÓN DEMOCRÁTICA**

Director

Diego Isasi Ruiz-Eldredge

Editor

Michel Seiner Pellny

Equipo de análisis

Sandra Campos Calderón

Freddy Sequeiros Hilares

Rosa Vidarte Chichón

Ni tanto que queme al santo, ni tan poco que no lo alumbre

En nuestro informativo Reflexión Democrática N° 100 hemos decidido evaluar dos casos que ejemplifican cómo la falta de normas generales sobre el campo de acción del Estado le permite un nivel de discrecionalidad que limita la libertad de los ciudadanos. Asimismo, cómo cuando existe exceso de regulación, el efecto restrictivo es más inmediato pues limita su accionar de manera directa.

El primero es un análisis de las resoluciones del Tribunal Constitucional (TC) acerca de los impuestos a los activos. El objetivo de este informe no era concluir si el ITAN debería o no considerarse inconstitucional (ni evaluar su pertinencia económica), sino explicar los criterios que maneja el TC en esta materia para que podamos tener una idea más concreta de qué podrían considerar inconstitucional o no en el futuro (Previsibilidad). Así, encontramos que el TC plantea la constitucionalidad de cobrar impuestos por la tenencia de activos a pesar de que no generen renta y la inconstitucionalidad de crear este tipo de impuestos como una forma de impuesto a la renta. Lamentablemente, los fallos no profundizan más por lo que no se ofrece un marco de certeza a la ciudadanía sobre los límites de carga tributaria o, qué nivel de cumplimiento con sus objetivos tiene que tener el Estado antes de empezar a cobrar impuestos que no consideran la capacidad del contribuyente para generar recursos para pagarlos.

El segundo caso es el análisis de un proyecto de Ley que busca servir de marco para las negociaciones comerciales. En ese sentido, estipula principios generales e incluso marcos de negociación sobre varios de los capítulos que normalmente se negocian en un TLC. El proyecto manifiesta preocupaciones legítimas sobre los distintos acuerdos que pueden realizarse en este tipo de tratados, pero son en algunos casos preocupaciones muy puntuales que recuerdan más bien posiciones específicas en las negociaciones de tratados anteriores. De ser así, sería mejor dejar que en el momento de la negociación presenten sus opiniones todas las partes, aquellos que comparten esas posiciones y los que no, permitiendo que los negociadores puedan contrapesar estas necesidades con aquellos aspectos que el país con que negocia está dispuesto a ofrecerle. De esta manera, una vez que cuenten con toda la información relevante tomen una decisión sobre qué ofrecer y qué solicitar en una negociación comercial. Es normal en una negociación que las partes cedan aspectos que en un inicio hubieran preferido no ceder, pero siempre se hace a cambio de obtener algo que es mucho más valioso. Si se restringe los aspectos que puede discutir un país, entonces no habría negociación, solo un acuerdo cuando por coincidencia las dos partes estén dispuestas a aceptar justo lo que la otra parte plantea en un inicio. En el informe incorporamos además algunos comentarios sobre la aplicabilidad de dicho proyecto.

Estos son solo dos ejemplos, pero diariamente nos encontramos con disyuntivas de este tipo. Quizás la más clara sean las empresas públicas, las que evidentemente limitan la libertad empresarial y, en el caso de monopolios naturales, la libertad de los consumidores de acceder a un mejor servicio o incluso a acceder a un servicio (agua potable). Asimismo, el problema que por una cara de la moneda es de exceso de intervención, por el otro es de falta de la misma. Así, la consecuencia más grave del intervencionismo público es que cuando el estado “sobreparticipa” en el sector empresarial, subparticipa en el sector social. Más Estado en petróleo y banca es menos Estado en educación, salud y pobreza. ¿En dónde será más importante su participación?

Diego Isasi
Director Ejecutivo
Reflexión Democrática

Análisis

A. Antecedentes• **El Impuesto Mínimo a la Renta (IMR)**

El IMR establecía que todo perceptor de rentas de tercera categoría debía tributar por concepto de Impuesto a la Renta (IR) un monto no menor del 2% (posteriormente se redujo a 1,5%) del valor de los activos netos.

El IMR fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional (TC)¹ al concluir que era una desnaturalización desproporcionada del IR. Así, a decir del TC, mientras este último, según su ámbito de aplicación regulado por ley, debe gravar el beneficio, la ganancia o la renta obtenida como consecuencia del ejercicio de una actividad económica, el IMR gravaba la fuente productora del beneficio, ganancia o renta; es decir, el patrimonio².

El TC sostuvo, además, que el IMR no había respetado los derechos fundamentales porque no respetaba ni garantizaba la conservación de la intangibilidad del capital, situación que se produce en materia de IR, según el TC, cuando (i) el impuesto absorbe una parte sustancial de la renta o (ii) afecta la fuente productora de la misma.

Asimismo, el TC indicó que un impuesto no puede tener como base una circunstancia que no sea reveladora de la capacidad económica o contributiva.

• **Impuesto Extraordinario a los Activos Netos (IEAN)**

Este impuesto era aplicable a los perceptores de rentas de tercera categoría con una tasa equivalente al 0.5%, no gravaba la renta de los contribuyentes, sino los activos netos, es decir, su patrimonio. Así, se buscaba obtener ingresos relacionados con la manifestación de riqueza que puede derivarse de la propiedad. El TC consideró que no era contrario a la Constitución que un impuesto grave el patrimonio siempre que se utilicen mecanismos congruentes para tal fin, en consecuencia, declaró que el impuesto en cuestión era constitucional³.

EL principio de no confiscatoriedad

El TC define este principio como:

"(...) un parámetro de observancia que la Constitución impone a los órganos que ejercen la potestad tributaria al momento de fijar la base imponible y la tasa del impuesto. Éste supone la necesidad de que (...) el órgano con capacidad para ejercer dicha potestad respete exigencias mínimas derivadas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

(...) su contenido constitucionalmente protegido no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino analizado y observado en cada caso, teniendo en consideración la clase de tributo y las circunstancias concretas de quienes estén obligados a sufragarlo. No obstante, (...), es posible afirmar, con carácter general, que se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad y, además, ha considerado a ésta como institución, como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica"⁴.

La no confiscatoriedad del IEAN

A decir del TC, el principio de no confiscatoriedad no es afectado cuando el legislador decide gravar con impuestos a los activos netos de los sujetos perceptores de rentas de tercera categoría como sucede en el caso del IEAN. Así, el TC señala que la Constitución no ha constitucionalizado ningún tipo de impuesto y tampoco ha determinado que tipo de actividades económicas pueden ser objeto de regulaciones fiscales, por lo que el Estado es libre de crear la clase

¹ Sentencia del Expediente N° 646-1996-AA/TC

² Los impuestos al patrimonio están constituidos por aquellos ingresos que obtiene el fisco al gravar el valor de los bienes y derechos que constituyen la propiedad, así como su transferencia.

³ Sentencia del Expediente N° 2727-2002-AA/TC

⁴ *Ibid.*

de impuestos que decida sin más límites que los establecidos en la Constitución y, principalmente, en los principios recogidos en su artículo 74⁵.

El TC consideró, además, que las características de la base imponible del tributo y su temporalidad hacían que no se vulnerara el derecho a la propiedad y el principio de no confiscatoriedad.

En consecuencia, para el TC el problema no reside en que un impuesto pueda, o no, gravar a la propiedad, sino en que medida el monto del impuesto puede infringir el principio de no confiscatoriedad, para lo cual, en el caso de impuestos destinados a gravar utilidades, ganancias o rentas, no se debe tener en cuenta, según el TC, que el contribuyente haya tenido ganancias, pérdidas o haya mantenido su capital o activo fijo.

- **Anticipo Adicional al IR (AAIR)**

Esta obligación tributaria recaía sobre los generadores de rentas de tercera categoría, caracterizándose por establecer el deber de pagar anticipadamente el IR tomando como base los activos netos. Este mecanismo hacía que se pague el IR antes de que la renta se genere y se cancelaba el saldo –de existir– al culminar el periodo fiscal.

El TC declaró la inconstitucionalidad del AAIR⁶. El mencionado tribunal lo consideró arbitrario porque siendo un adelanto del IR no se calculaba en base a las rentas obtenidas o proyectadas, sino que tomaba en cuenta los activos netos, es decir, el valor del patrimonio de los contribuyentes. Existía la misma incongruencia que en el caso del IMR, se pretendía gravar la renta, pero se terminaba gravando el patrimonio.

B. Impuesto Temporal a los Activos Netos (ITAN)

El ITAN es un tributo aplicable a los generadores de renta de tercera categoría sujetos al régimen del IR, grava a los activos netos de estos sujetos con una tasa equivalente al 0.5% por el exceso de S/. 1'000.000⁷; así, el ITAN toma como manifestación de la capacidad contributiva a la propiedad y no a la renta.

Otras características del ITAN, según su ley de creación y el reglamento de la misma, son entre otras:

- Están exonerados de su pago los sujetos que no hayan iniciado sus operaciones productivas, así como aquellos que las hubieran iniciado a partir del 1 de enero del ejercicio al que corresponde el pago. En este último caso, la obligación surgirá en el ejercicio siguiente al de dicho inicio.
- Puede utilizarse como crédito contra el IR.
- El saldo no aplicado contra el IR es susceptible de devolución y no podrá usarse como crédito contra el IR de ejercicios posteriores.

- **El ITAN es constitucional (posición del TC)**

Para el TC la diferencia principal entre el ITAN y los impuestos declarados inconstitucionales reside en que mientras este es un impuesto autónomo que efectivamente grava activos netos como manifestación de capacidad contributiva no relacionada con la renta, sino con el patrimonio, el IMR y el AAIR se originaban del IR y, sin embargo, gravaban los activos netos (el patrimonio). Por ello, el TC concluye que en el caso del ITAN no se da la incongruencia de pretender gravar la renta y terminar gravando el patrimonio.

⁵ **Artículo 74.** Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación.

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.

⁶ Sentencia del Expediente N° 033-2004-AI/TC

⁷ Para los ejercicios 2005 y 2006 fue de 0.6% por el exceso de S/. 5'000,000

La no confiscatoriedad del ITAN

El TC considera que el ITAN no priva al contribuyente de una parte significativa de su patrimonio y que por ello no transgrede el principio de no confiscatoriedad.

El ITAN como crédito utilizable contra el IR

El TC considera que a pesar de que el ITAN puede ser utilizado como crédito contra el IR y por ello ser considerado como un adelanto o anticipo de este, dicha regulación no transgrede los límites que la Constitución le impone al legislador al momento de configurar un tributo.

Sobre el antitecnicismo del ITAN

El TC sostiene que el antitecnicismo de las leyes o su ineficiencia no pueden merecer atención en un proceso de control de la constitucionalidad, salvo que de dicho antitecnicismo se deriven afectaciones a principios y bienes constitucionales o a los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, el TC concluye que, previo “test de razonabilidad”, puede declarar la inconstitucionalidad de una disposición si esta no es fácil de comprender (legibilidad) o cuando es difícilmente concretable por el juez; en estos casos el parámetro de control constitucional son la seguridad, predictibilidad y certeza jurídicas, así como el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Por todos los argumentos señalados el TC sostiene que el ITAN es constitucional.

- **Posiciones contrarias a la constitucionalidad del ITAN**

Algunos especialistas en materia tributaria que se inclinan por la inconstitucionalidad del ITAN han señalado lo siguiente:

- Al igual que el IMR y el AAIR (ambos declarados inconstitucionales por el TC), El ITAN grava a los activos netos, produciendo los mismos efectos que estos⁸.
- El ITAN colisiona con el principio constitucional de capacidad contributiva al afectar la fuente productora de la renta y no a la renta en sí misma⁹.
- Genera la descapitalización de empresas con pérdidas, lo que es llamado confiscación en la doctrina tributaria (aunque exista derecho a devolución, la confiscación por un segundo o una hora sigue siendo tal)¹⁰.
- Afecta a las empresas que hacen uso intensivo de capital como las empresas extractivas (ejemplo las mineras). Estas muchas veces suspenden operaciones debido a factores exógenos como la cotización internacional de los metales, debiendo, sin embargo, pagar IR en función a su patrimonio aun cuando no generen renta¹¹.
- Desde el punto de vista de política fiscal el ITAN no es un impuesto a los activos, sino un impuesto a la renta presunta; pues se cree que una determinada cantidad de activos debe rendir una determinada renta¹².
- El ITAN es jurídicamente un impuesto autónomo respecto del IR, sin embargo financieramente es un pago a cuenta del IR¹³. Sin embargo, en su análisis, el TC ha considerado solo la forma del impuesto (impuesto al patrimonio), dejando a un lado la sustancia y la realidad económica del mismo, dos factores que, como ya se mencionó, lo caracterizan como un pago a cuenta del IR.
- El TC afirma que el ITAN no atenta contra el principio de no confiscatoriedad ni contra los dispuesto en el artículo 74 de la Constitución, sin embargo, no explica el porqué de tal afirmación¹⁴.

⁸ VIDAL HENDERSON, Alfredo. El ITAN y el TC: ¿historia conocida? (El autor del artículo es Socio del Estudio Miranda & Amado Abogados y, además, profesor de Derecho Tributario en la Universidad de Lima). En: www.snmp.org.pe/revista/edicion20abr2005/apuntes.htm; visitada el 15 de Junio de 2007.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ *Ibíd.*

¹² Opinión vertida por el Dr. César Luna-Victoria, especialista en Derecho Tributario y Socio del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria (Diario Gestión 21 de Enero de 2007 – página 21).

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Opinión vertida por Cecilia Hernández, especialista en Derecho Tributario y Socia del Estudio Roselló Abogados (Andina 25 Mayo de 2007). En: www.andina.com.pe/NoticiaDetalle.aspx?id=127473, visitada el 15 de Junio de 2007.

C. Lecciones de los fallos del TC

Luego del análisis de sus fallos, podemos decir que muy probablemente el TC utilizará en un futuro los siguientes criterios al momento de determinar si un tributo que grava el patrimonio es constitucional:

- ✓ Los tributos buscan gravar las manifestaciones de riqueza como reveladoras de capacidad contributiva.
- ✓ Dos de las manifestaciones de riqueza usualmente gravadas con tributos son el patrimonio y la renta.
- ✓ El principio de no confiscatoriedad no es afectado cuando se crea un tributo que grave el patrimonio; así, por ejemplo, existen el Impuesto Predial, el Impuesto al Patrimonio Vehicular, etc.
- ✓ El principio de no confiscatoriedad está relacionado con el monto del tributo y no con el hecho de que el mismo grave el patrimonio, aquel será transgredido cuando este último sea desproporcionado, sin embargo, para determinar ello no se tomará en cuenta que el contribuyente tenga ganancias, pérdidas o haya mantenido su capital.
- ✓ Cuando un tributo es creado para gravar la renta y el mismo se regula de tal modo que lo que resulta gravado es la propiedad se produce una incongruencia, se considera renta a la propiedad; esta disociación es lo que hace que un tributo sea inconstitucional.
- ✓ El antitecnicismo o la ineficiencia de un tributo no convierten al mismo en inconstitucional, salvo que generen una difícil comprensión en el contribuyente y la administración (legibilidad) o una difícil concreción por un juez; aquí se busca proteger valores constitucionales como la seguridad, predictibilidad y certeza jurídicas, así como el principio de interdicción de la arbitrariedad.

D. Comentarios de Reflexión Democrática

1. Si bien el patrimonio es una manifestación de riqueza que denota en muchos casos capacidad contributiva, el TC en su análisis sobre la constitucionalidad del ITAN ha dejado de tomar en consideración que el patrimonio (activos netos) que es objeto de gravamen por aquel impuesto pertenece al contribuyente con el exclusivo fin de generar renta por lo que no revelaría necesariamente capacidad contributiva, sino capacidad para la generación de renta, la cual solo una vez generada sería una manifestación de capacidad contributiva. El criterio del TC dejaría de lado situaciones comunes como las pérdidas de una empresa en los primeros años de actividad (solo considera un año de plazo sin pagar el impuesto); los periodos de pausa en la actividad de algunas empresas; los momentos en los que ciertas actividades sufren pérdidas previo a un periodo de reestructuración o reconversión o; el tiempo que puede demorar una inversión fuerte en activos físicos en generar renta. Si bien en estos periodos de pérdida se puede solicitar la devolución del ITAN pagado, se incurre en un costo financiero por recuperar el dinero recién en un momento posterior.
2. La definición del principio de no confiscatoriedad dada por el TC no permite prever en qué caso un tributo será confiscatorio o no.

Anexo: Cuadro comparativo de los impuestos que gravaron activos netos

Impuesto	Base normativa	Entrada en vigencia	Fin de su vigencia	Sujetos del impuesto	Base Imponible	Alícuota	Comentarios
IMR	Artículos 109° al 116° del Decreto Legislativo 774	1992	1997	Perceptores de renta de tercera categoría	El valor de los activos netos al 31 de diciembre del ejercicio anterior	2% (luego se redujo a 1.5%)	<ul style="list-style-type: none"> • Funcionaba como crédito contra el I.R. • Declarado inconstitucional por el TC (STC 646-1996-AA/TC)
IEAN	Ley 26777	1997	1999	Perceptores de renta de tercera categoría	El valor de los activos netos al 31 de diciembre del ejercicio anterior	0.5%	<ul style="list-style-type: none"> • No tenía mínimo imponible. • Tasa menor. • Crédito contra el I. R. sin devolución • Declarado constitucional por el TC (STC 2727-2002-AA/TC)
AAIR	Ley 27804	Enero 2003	Noviembre 2004	Generadores de renta de tercera categoría	El valor de los activos netos al 31 de diciembre del ejercicio anterior	De 0.25 a 1.25 %	<ul style="list-style-type: none"> • Mínimo no imponible S/. 512 000 Nuevos Soles • Crédito contra el I.R. con devolución • Declarado inconstitucional por el T.C. (STC 034-2004-AI/TC)
ITAN	Ley 28424	2005	2007 (según lo establecido por Ley 28929)	Generadores de renta de tercera categoría	El valor de los activos netos al 31 de diciembre del ejercicio anterior	Ejercicios 2005 y 2006: 0.6% por el exceso de S/. 5000000 Ejercicio 2007: 0.5% por el exceso de S/. 1 000000	<ul style="list-style-type: none"> • Mínimo no imponible S/. 5,000,000 Nuevos Soles (vigente durante los ejercicios 2005 y 2006, para el 2007, el mínimo no imponible es S/ 1,000,000. • Crédito contra el I.R. con derecho a devolución

Fuente: Tribunal Constitucional

Resumen

La propuesta señala principios rectores y el marco para las negociaciones comerciales internacionales de los acuerdos de libre comercio

I.- Análisis Legal

El Proyecto de Ley establece limitaciones a las negociaciones comerciales que lleve a cabo el Gobierno. Dado que los tratados comerciales que pasan por la aprobación del Congreso de la República tienen rango de ley, la propuesta estaría planteando que un proyecto de ley futuro no podría modificarla. Ello claramente no es posible de acuerdo con nuestro régimen constitucional, por lo que los acuerdos comerciales presentados luego al Congreso sí podrían incluir acuerdos contrarios a los planteados por el proyecto.

- **Carácter Declaratorio del Proyecto de Ley**

Sería complicado determinar las conductas que estarían contraviniendo la norma en determinado momento puesto que diversos conceptos como seguridad alimentaria o seguridad económica pueden ser interpretados de diversas maneras.

Asimismo, los actos de negociación no tienen expresión jurídica formal por lo que no tienen que estar contenidos en lugar alguno que luego pueda ser contrastado con principios. Ello podría ser el caso al momento de la aprobación del tratado por el Congreso Nacional. Sin embargo, la Constitución establece claramente el procedimiento, que pasa por la aceptación o no del acuerdo por los representantes. El procedimiento parlamentario no es un control ex post del cumplimiento de la legalidad de lo negociado, sino uno que cada congresista efectúa según sus propias preferencias. No obstante, la ley podría afectar el proceso de negociación en los casos que plantea la imposibilidad de tomar acuerdos en materias específicas, como es el caso de mantener requisitos de desempeño relacionados a las inversiones.

En el caso de acuerdos que no pasan por el Congreso la situación es aún más sencilla, pues para que se tenga un acuerdo simplificado las competencias de efectuar lo pactado deben estar en manos del Ejecutivo, el mismo que no tiene que prestar expresión de causa para tomar las medidas que considere pertinentes.

Más aún, tampoco se prevé consecuencia alguna para la inobservancia (si fuese posible por fondo y oportunidad) de lo contenido por la propuesta por lo que la norma tampoco tendría efecto práctico sobre la conducta negociada nacional. Adicionalmente, debe considerarse que, a pesar de que el proyecto sea declarativo, el Congreso no debiera ocuparse de la dirección de la política comercial del Estado, pues esta tarea, según el artículo 118 de la Constitución, corresponde al Poder Ejecutivo.

- **Competencia de tribunales Internacionales**

La propuesta establece que se dará preferencia a los tribunales internos y mecanismos de solución de controversias nacionales por encima de los internacionales. Esta medida sería un grave desmedro para la consecución de mayor apertura comercial puesto que el estado de nuestro Poder Judicial es conocido ya por la comunidad internacional. Así, los Estados buscarán mecanismos para asegurar de mejor manera las inversiones de sus ciudadanos lo que necesariamente pasará por buscar alternativas al Poder Judicial peruano. Una solución frecuentemente utilizada para concretar las necesidades de cumplimiento de la ley por parte del inversionista, reduciendo el impacto negativo hacia una inversión, ha sido retirar de la competencia nacional a aquellas controversias que traten sobre materias incluidas en cada acuerdo comercial. Ello se efectúa generando un tribunal especial o introduciendo la posibilidad de acceder a instancias internacionales, como a los arbitrajes promovidos por el CIADI. Esta práctica usual no podría ser aplicada, de acuerdo con la propuesta, ocasionando serios perjuicios a nuestra capacidad negociada y a nuestra futura inserción comercial en otros mercados lo que dificultaría el cierre de mayores tratados comerciales.

- **Soberanía y los acuerdos comerciales**

Sobre las afectaciones a la soberanía en los acuerdos comerciales, es pertinente aclarar algunos aspectos sobre el contenido de la soberanía en términos internacionales. En sentido general, soberanía es el derecho exclusivo de ejercer supremo poder político (legislativo, judicial o ejecutivo). En términos de Derecho Internacional Público, soberanía viene a ser el ejercicio legítimo de poder efectuado por un Estado. Así, no es posible entender que los acuerdos internacionales implican la cesión de cierta porción de soberanía por parte del Estado en la medida en la que

este se somete al arbitrio de un tercero. Ello se debe a que precisamente en ejercicio de esta soberanía el Estado decide someterse a la jurisdicción de legislación internacional. Dejar de ser soberano, como lo son los individuos por ejemplo, implicaría que sin tener la potestad de decidir se someta al Estado peruano a un tribunal extranjero, lo que, precisamente, en atención de su soberanía, no es posible sin su consentimiento.

II. Análisis Económico

El Proyecto de Ley en mención establece principios rectores y el marco de las negociaciones internacionales para acuerdos de libre comercio. Sin embargo, cabe mencionar que en las negociaciones comerciales se discuten distintas posiciones y criterios, y se evalúa y considera la mejor opción que beneficia a los países interesados. Si en las negociaciones comerciales se presenta una posición a priori con la finalidad de cumplir los principios o marco para la negociación, no se estaría considerando otras opciones que podrían dar un mayor beneficio que con la posición ya adoptada.

A continuación presentamos las consecuencias de cumplirse algunos de los principales aspectos regulados por el proyecto de Ley y algunos casos de incoherencia en lo que este regula:

- **Derechos de Propiedad Intelectual y Patentes, Salud Pública y Compras Estatales**

El proyecto de ley señala que el Estado debe garantizar la salud pública y el acceso a medicamentos, ampliando y asegurando el acceso a la salud para todas las personas. Se indica también que esto debe estar acorde con las cláusulas y mecanismos establecidos por la Asamblea Mundial de la Salud, el Acuerdo de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio-ADPIC y la Declaración de Doha sobre Salud Pública. Se desprende de ello que no aceptarían compromisos de mayor protección a la propiedad intelectual que los establecidos en esos acuerdos con el fin de fomentar el acceso a medicamentos.

No bastante, también indican que con relación a las compras estatales se debe preservar la potestad del Estado peruano para adoptar mecanismos y criterios de trato nacional y aplicar políticas preferentes para sectores estratégicos, sectores marginales y grupos vulnerables. Asimismo, se señala que se debe asegurar la reciprocidad en todos los niveles de gobierno.

La combinación de estas dos propuestas puede resultar complicada en tanto la segunda contradice el principio que pretende fomentar la primera: mayor acceso a medicamentos.

Asimismo, esta combinación de propuestas corresponde a la posición que algunos de los grupos que participan en las negociaciones comerciales suelen proponer. Si bien plantean preocupaciones legítimas, al corresponder exclusivamente a las posiciones de un grupo no deberían ser consideradas como legislación nacional sino como una opción más a ser discutida en las negociaciones. Durante las negociaciones comerciales se presentan distintas posiciones en temas relacionados al acceso a medicamentos, algunas planteadas son:

- a) No disminuir los aranceles, que no aumente la protección a la propiedad intelectual y que continúen las preferencias en las compras estatales a favor de la industria nacional.
- b) Disminuir los aranceles, establecer una alta protección a la propiedad intelectual, y eliminar las preferencias en las compras estatales.
- c) Disminuir aranceles, proteger la propiedad intelectual en lo necesario para incentivar la investigación y eliminar las preferencias en las compras estatales.

Las consecuencias de adoptar la primera opción serían el ingreso de medicamentos con mayores precios debido a los altos aranceles (la tasa de protección arancelaria promedio para el sector farmacéutico es de 16.9%¹⁵), un esquema que facilita el ingreso de genéricos en el corto plazo a cambio de un menor incentivo a la investigación dirigida al desarrollo de nuevos medicamentos, por ejemplo, nuevas vacunas, en el largo plazo. Y finalmente una pérdida de eficiencia en las compras estatales generado por el esquema de beneficios a la industria nacional, ya que el Estado no necesariamente tendría que adquirir productos de mayor calidad y menor precio. Por ejemplo, con la legislación actual

¹⁵ Seinfeld, Janice y Karlos La Serna (2005), ¿Por qué la protección de los datos de prueba en el mercado farmacéutico no debe ser impedimento para firmar el TLC con los EEUU?, CIUP, Setiembre 2005, Lima.

referente a la adquisición de medicamentos en compras estatales¹⁶, según un estudio de la Universidad del Pacífico¹⁷, en las licitaciones de ESSALUD y MINSA entre el 2002 y el 2005 se ha gastado aproximadamente S/. 27 millones más de lo que se hubiera gastado si compraba al mejor postor, es decir, al proveedor que ofrecía la mejor calidad al menor precio.

Las consecuencias de la segunda opción serían una demora amplia al ingreso de genéricos, menores precios por aranceles más bajos y compras más baratas para el Estado por la eliminación de las preferencias para la industria nacional.

Finalmente, en la última opción, las consecuencias son similares a la segunda opción pero con una protección menor a la propiedad intelectual, limitándola a los aspectos estrictamente necesarios para promover la investigación.

Se ha representado tres modelos típicos de posiciones en las negociaciones comerciales, sin embargo estas pueden combinar muchas otras opciones empezando por distintos niveles de profundidad. Así por ejemplo, no solo se decide si se eliminan o no los aranceles, sino a qué ritmo se produce la desgravación; en el caso de compras estatales, las preferencias para el sector nacional pueden mantenerse, eliminarse por completo o eliminarse solo para algunos sectores y productos. En el caso de propiedad intelectual también existen diversas posibilidades de acuerdos.

Por todo ellos, plantear posiciones ex ante resulta sumamente inapropiado pues sería imposible prever todos los escenarios frente a los cuales se encontrará un negociador, siendo la mejor opción que los negociadores realicen el análisis de las opciones que se le presentan en el momento de las negociaciones una vez que cuente con toda la información pertinente para cada caso.

- **Identidad Nacional y diversidad cultural**

En este tema se señala que los tratados comerciales que el Perú negocie deben resguardar la capacidad del Estado para establecer y aplicar políticas culturales específicas que contribuyan a preservar y sustentar la identidad nacional. No obstante, cabe señalar que la cultura es única en cada sociedad por lo que no compite con otras sino que se enriquece con la interacción con ellas. De esta manera, apertura económica que se negocia en los TLC solo podría enriquecerla. Asimismo, la apertura comercial fomenta la diversidad cultural al facilitar el acceso a otras culturas así como a materiales de dichas culturas, así como también se fortalece el desarrollo del turismo cultural. Así, esta integración permite que se den procesos de intercambio cultural en dos sentidos. Así, mientras que en términos *downstream* los países descargan elementos culturales ajenos que puedan incorporar a su cultura, en el plano *upstream* puede llevar elementos culturales propios a otras localidades. Este, por ejemplo, explica el despegue internacional de la gastronomía peruana, la que a su vez es el resultado de diversos componentes de culturas ajenas (china, japonesa, africana, española, etc.) que se han convertido en parte de la identidad nacional.

Sin embargo, en algunos casos se dirige la promoción cultural no al acceso, diversidad e identidad cultural sino a mecanismos de protección de las empresas o profesionales locales relacionados con actividades artísticas. En esos casos suelen promoverse medidas del tipo que se utilizan en productos industriales como la aplicación de restricciones a la oferta extranjera, la exoneración de impuestos a la oferta local o el establecimiento de cuotas para profesionales locales en los espectáculos. Este tipo de medidas ha sido establecido en distintas normas como la ley del artista y la ley del libro, sin embargo su efectividad sobre el desarrollo cultural es todavía un tema polémico. Mientras algunos consideran que fomenta la cultura otros consideran que por el contrario restringe el acceso a la misma. Siendo este un tema en debate, no debe establecerse por medio de una legislación marco sino evaluarse, escuchando a todas las partes, en cada negociación comercial. Vale recalcar que hasta ahora, usando este método se han mantenido la capacidad de promover este tipo de medidas industriales en el sector cultural.

- **Acceso a mercados**

Se señala que el Estado debe preservar la plena capacidad para adoptar políticas autónomas de impulso al desarrollo nacional, favorables a sectores estratégicos, como los productores nacionales o pequeñas y microempresas, así como

¹⁶ Se otorga una preferencia de 20% en la elección de productores locales.

¹⁷ Janice Seinfeld y Karlos La Serna (2006), Análisis Económico de las Compras Públicas de Medicamentos.

para los sectores rezagados y grupos vulnerables. Asimismo, se señala que las negociaciones comerciales deben sustentarse en la equidad, la justicia, la reciprocidad y la conveniencia nacional.

Con relación al desarrollo nacional, es política de Estado impulsarlo, por lo que no sería necesario incluirlo en un marco de negociaciones comerciales.

Por otro lado, en las negociaciones comerciales, las propuestas de equidad y reciprocidad podrían interpretarse en perjuicio del Perú. Por ejemplo al negociar con economías más avanzadas, ante un mismo compromiso de desgravación arancelaria, estos países estarían comprometiendo un mayor tamaño de mercado. Así, de exigirse estos principios, dichos países tendría que ofrecer un mercado igual al que puede ofrecer Perú y, por lo tanto, reducir su oferta de desgravación de aranceles. En el siguiente cuadro se puede apreciar que este será el caso para las negociaciones con nuestros principales socios comerciales a excepción de Ecuador.

Principales Socios Comerciales		
PBI (2006)	Millones de US\$	% PBI Perú (US\$ 93,268)
Estados Unidos	13,244,550	0.70
Japón	4,367,459	2.14
Alemania	2,897,032	3.22
China**	2,630,113	3.55
Canadá	1,269,096	7.35
Brasil	1,067,706	8.74
Suiza*	377,240	24.72
Argentina*	212,702	43.85
Venezuela*	181,608	51.36
Chile	145,205	64.23
Colombia	135,075	69.05
Ecuador	40,447	230.59

Fuente: IMF, abril 2007

Elaboración: Reflexión Democrática

*Estimación del IMF

** Excluye Hong Kong y Macau

En este tema se señala también que el Estado podría aplicar medidas compensatorias, salvaguardas, franjas de precios o leyes antidumping entre otros, frente a prácticas comerciales desleales, sean domésticas o internacionales.

Cabe señalar que las medidas compensatorias, salvaguardas o leyes antidumping ya están reguladas por la OMC y las negociaciones comerciales "menores" no afectan este compromiso. Por el contrario, el mantener estas exigencias en nuestra legislación nacional podrían evitar que sigamos los avances de la OMC.

Con relación a la franja de precios (impuestos específicos variables aplicados a la importación de arroz, azúcar, maíz y leche), se presentan tres problemas principales. En primer lugar, el manejo arancelario le corresponde por mandato constitucional al Poder Ejecutivo, por lo que el Congreso no puede regular la permanencia de la franja de precios, en segundo lugar se trata de un aspecto muy específico como para regularlo por ley, y en tercer lugar, la eliminación de aranceles es uno de los objetivos básicos de un acuerdo comercial, así que establecer en una ley marco que algunos aranceles no podrían eliminarse sería contradictorio.

Asimismo, se debe tener en cuenta, que el cumplimiento de esta propuesta sería contrario al planteamiento de seguridad alimentaria que se establece en otra sección del proyecto. Es evidente que mantener un sobrecosto a la importación de alimentos restringe el acceso a estos.

- **Agro y seguridad alimentaria**

En este criterio para el marco de las negociaciones comerciales internacionales de los acuerdos de libre comercio se señala que el Estado Peruano debe promover y fortalecer el sector agrario, en especial en la producción de alimentos y productos tradicionales así como proteger y promover la capacidad del país para abastecerse con la producción interna de alimentos.

El Decreto Supremo N° 118-2002-PCM¹⁸ define seguridad alimentaria como “*acceso material y económico a alimentos suficientes, inocuos y nutritivos para todos los individuos, de manera que puedan ser utilizados adecuadamente para satisfacer sus necesidades nutricionales y llevar una vida sana, sin correr riesgos indebidos de perder dicho acceso. Esta definición incorpora los conceptos de disponibilidad, acceso, uso y estabilidad en el suministro de alimentos*”.

Del concepto se desprende que la seguridad alimentaria no significa autosuficiencia nacional, sino la disposición de alimentos, la cual se puede dar con producción interior, con capacidad de importación, de almacenamiento y de ayuda alimentaria. Actualmente, la seguridad alimentaria se da no solo con la producción nacional de alimentos sino también con la capacidad de un país para financiar importaciones mediante la exportación de otros bienes¹⁹. Es así que, en un sistema comercial abierto donde una gran cantidad de países ofertan sus productos alimenticios, se puede garantizar un abastecimiento estable y seguro²⁰. Por todo ello, el fomento dirigido especialmente a la producción interna podría ser contradictorio con el objetivo de seguridad alimentaria.

- **Servicios e Inversiones**

Aquí se señala que el Estado debe garantizar el acceso a la población sobre los servicios básicos (agua, salud, luz, educación) asimismo el Estado debe mantener la potestad de establecer requisitos de desempeño a las inversiones de manera que éstas sean favorables al medio ambiente, el desarrollo local, la economía nacional y permitan una adecuada transferencia de tecnología.

En este aspecto también se incurre en una contradicción. En la sección inicial “soberanía e imperio de la ley” del proyecto se establece que se deberá cumplir con las normas acordadas en la OMC, pero en esta sección se plantea mantener requisitos de desempeño relacionados con la inversión, medidas que están prohibidas por la OMC. El Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio de la OMC (MIC), *prohíbe las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio, por ejemplo las prescripciones en materia de contenido nacional, que son incompatibles con las disposiciones básicas del GATT de 1994*. Por lo que establecer requisitos de desempeño iría en contra de dicho acuerdo de la OMC.

¹⁸ Crea la Comisión Multisectorial de Seguridad Alimentaria.

¹⁹ Cumbre Mundial sobre la Alimentación, Liberalización del Comercio y Seguridad Alimentaria. Roma, 11 de Junio de 2002.

²⁰ *Ibíd.*.