

CRÓNICA

EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON ESTADOS UNIDOS: ASPECTOS JURIDICOS Y ECONOMICOS

Durantes los días 18 y 19 de agosto de 2004 se realizó en la Universidad ICESI un foro sobre el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y sus impactos sobre la normatividad jurídica colombiana. Los conferencistas invitados a este foro fueron:

Juan Carlos Botero. Jefe de asuntos legales internacionales del Ministerio de Comercio.

Mario Demián Sanchez. Representante de la sección económica de la Embajada de Estados Unidos.

Angela María Orozco. Ex-ministra de comercio, coordinadora del equipo colombiano en las negociaciones comerciales con diferentes países latinoamericanos.

José Luis Reyes. Ex-asesor para asuntos de propiedad industrial del Ministerio de Comercio y director del programa de derecho de las nuevas tecnologías de la Universidad Sergio Arboleda.

Luz Marina Zea. Gerente jurídica de la empresa Bayer para el área andina.

Alejandro Linares Cantillo. Abogado de la Universidad de los Andes, especialista en Tributación Internacional y Master of Laws, LL.M. de la Universidad de Harvard. Ha sido Vice-

ministro de Agricultura y negociador por Colombia en el GATT. Actualmente es socio de la firma de abogados Gómez- Pinzón. Martha Clemencia Cediel. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. Consultora Privada. Socia de la firma Peña Cediel & Cía Abogados.

Carlos Enrique Ramírez. Economista de la Universidad Javeriana con Maestría en Negocios Internacionales. Director del Programa de Economía y Negocios Internacionales. Universidad Icesi. Participante en el cuarto de al lado de las negociaciones del TLC.

Las conferencias versaron sobre una amplia diversidad de temas que hacen parte del proceso de negociación del TLC, y en esta crónica se pretende resaltar los principales puntos que se discutieron sobre ellos. Con el objetivo de presentar los puntos expuestos de la forma más ordenada posible, se ha dividido la presentación en tres grandes temas, sin atenerse necesariamente al orden en que hablaron los conferencistas, ni señalando la mayoría de las veces a quién pertenece cada una de las opiniones expresadas, pues muchos puntos fueron recurrentes en varios de los invitados. La primera parte de la presente crónica presentará lo relativo a los retos y oportunidades económicas que ofrece el TLC con Estados Unidos, la segunda parte se concentrará en aspectos jurídicos puntuales que se verán alterados tras la firma de este tratado, y la tercera parte recogerá los principales aspectos del debate realizado sobre patentes y protección a la propiedad intelectual.

Retos y oportunidades económicas del Tratado de Libre Comercio

Uno de los aspectos que más genera inquietud del actual proceso de integración comercial con Estados Unidos es el corto margen de tiempo con el que se cuenta para su negociación y aprobación, teniendo en cuenta que en este tratado se negocian prácticamente todos los temas de la actividad económica. Según el cronograma previsto, las negociaciones deben finalizar en febrero de 2005, para que a partir de marzo el documento definitivo del tratado pase a ser estudiado por los congresos de los respectivos países. La razón por la cual se ha propuesto el mes de febrero como fecha límite para la negociación radica en que hasta esta fecha es posible aprovechar el escenario de “fast track” que ha sido concedido al gobierno de Estados Unidos por parte del congreso. Este escenario le otorga al órgano ejecutivo de dicho país una facultad de negociación directa (trade promotional authority) que permite la consecución de acuerdos sin la intervención del órgano legislativo,

lo cual facilita en gran medida el proceso de negociación. De esta forma, aunque el congreso de Estados Unidos mantiene la potestad de aprobar o desaprobado el acuerdo comercial al que se haya llegado, no puede entrar a modificarlo.

La importancia del Tratado de Libre Comercio ha sido minimizada por algunos sectores, bajo la premisa de que Estados Unidos ya ha establecido unos niveles de aranceles muy bajos y, además, Colombia y otros países andinos gozan de ventajas arancelarias adicionales como retribución a sus esfuerzos en la lucha contra el tráfico de drogas. Desde este punto de vista, Colombia cedería en gran medida el acceso a su mercado interno sin obtener muchas nuevas ventajas comerciales gracias a la firma del tratado. Como respuesta a esta perspectiva, la mayoría de los conferencistas estuvieron de acuerdo en que la mayor ventaja del tratado no consiste simplemente en una reducción de aranceles por parte de Estados Unidos, sino en la seguridad jurídica que éste le brindará a las relaciones comerciales entre los dos países. Es necesario convertir en permanente el actual acceso preferencial de los productos colombianos a Estados Unidos, pues el actual régimen unilateral de preferencias depende solamente de la voluntad política del congreso norteamericano, y el peligro de que dicho régimen desaparezca en un futuro frena el crecimiento de las industrias exportadoras nacionales. El Tratado de Libre Comercio es, por lo tanto, un seguro contra la incertidumbre que actualmente prevalece en el mundo de los negocios internacionales, y de esta forma incentiva la inversión a largo plazo en los sectores exportadores.

Otro punto a tener en cuenta en las razones detrás de la negociación del tratado es que otras regiones del continente, como Centroamérica, ya se encuentran en procesos muy adelantados de liberalización comercial con Estados Unidos. Esto implica que la industria colombiana puede quedar rezagada y sus productos perder competitividad en el principal mercado del mundo. Se hace necesario entonces obtener también un acceso preferencial sólido para así poder lograr lo más pronto posible una ubicación estratégica en el mercado estadounidense, y desde esta posición evitar ser desplazados por la aparición de nuevos competidores. Por el contrario, quien entre de último a este mercado tendrá unas posibilidades mucho más limitadas de poder afianzarse en él.

Ante esta perspectiva, se debe recordar que Estados Unidos es el principal comprador extranjero de los productos colombianos. A su vez, Colombia es, a nivel latinoamericano, el cuarto mercado en importancia para Estados Unidos, además de ser considerado uno de sus principales aliados estratégicos

en el continente y ser el mayor receptor de ayuda económica. Las relaciones comerciales entre los dos países le han dejado a Colombia un superávit comercial cercano a los 1.700 millones de dólares, y se espera que con la adopción del Tratado de Libre Comercio se genere un comercio binacional mucho más amplio basado en la estabilidad de unas reglas claras y verificables.

Así como a nivel nacional algunos estudios vaticinan que gracias al TLC la economía colombiana crecerá entre uno y dos puntos porcentuales adicionales, el Valle del Cauca debe dinamizar su aparato productivo ante este nuevo escenario y aprovechar las oportunidades existentes en el mercado norteamericano para impulsar su economía. A pesar de que la región tiene una oferta exportadora bastante diversificada, Estados Unidos no ha sido el principal mercado de exportación, sino que la mayoría de los productos se han destinado a la región andina. Las perspectivas exportadoras del Valle del Cauca se verán fuertemente influenciadas por los resultados de las negociaciones concernientes a los productos agrícolas, pues, aunque la región no es eminentemente agrícola, como podrían pensar muchos, su industria azucarera es altamente competitiva. La posición asumida por ASOCAÑA en la negociación ha sido ofensiva, ha propuesto una apertura total del mercado del azúcar y la eliminación de las barreras que tiene Colombia para este producto, claro está, si Estados Unidos también levanta la fuerte protección que tiene hacia ese sector y que causa una fuerte distorsión de los precios del azúcar a nivel mundial al mantenerlos artificialmente bajos.

De forma paralela a la suscripción del Tratado de Libre Comercio, el país se debe preocupar por desarrollar una agenda interna que permita aprovechar todas las oportunidades que se generan a partir de éste. Una negociación exitosa que le abra grandes perspectivas comerciales al país no garantiza por sí sola que el TLC se convierta en un motor de desarrollo de la economía. Es imprescindible realizar reformas estructurales para que el aparato productivo posea la flexibilidad necesaria para adaptarse a la fuerte competencia, tanto a nivel interno como externo, que se presentará ante la apertura múltiple que acarrea el tratado.

Teniendo en mente esta advertencia sobre las potencialidades y límites del TLC, es necesario entonces explicar, de forma general, en qué consisten las negociaciones que le están dando forma. En este tratado hay dos grandes temas de negociación:

1. Acceso a mercados.
2. Reglas.

El primer tema de acceso a mercados constituye la parte puramente comercial. En ella se negocia básicamente la reducción de barreras arancelarias y no arancelarias, e igualmente se especifican las denominadas “reglas de origen”, las cuales indican dónde debe haber sido producido un bien (al menos en su mayor parte) para que pueda entrar sin trabas en otro país miembro del tratado.

Como ya se ha mencionado, Estados Unidos ya cuenta con aranceles muy bajos para la mayoría de productos que ingresan a su mercado. Por lo tanto, en la negociación cobra gran importancia la simplificación de los requisitos no arancelarios que debe cumplir el comercio binacional, como por ejemplo las regulaciones sanitarias y fitosanitarias, pues son estas las que en la mayoría de los casos impiden la llegada de los productos colombianos a Estados Unidos. Por esta razón, Colombia ha planteado como criterio de éxito de la negociación la consecución de *acceso real* al mercado estadounidense y no solamente la estipulación en papel de la reducción de aranceles. De nada sirve no tener que pagar tarifas de importación si un requisito menor de carácter arbitrario, como por ejemplo un requisito de empaque, impide la llegada de los productos al mercado. Por lo tanto, este punto de negociación comercial va de la mano con la estipulación de reglas claras y verificables sobre los requisitos no arancelarios que deben cumplir los productos a exportar. Igualmente deben establecerse los mecanismos de solución de controversias que permitan demandar alguna estipulación no razonable que busque bloquear la llegada de productos colombianos a Estados Unidos. Estas controversias se resuelven en foros arbitrales entre estados, lo cual ya es un procedimiento conocido por Colombia, pues es un mecanismo análogo al que se tiene acordado con Chile en el TLC firmado con MERCOSUR.

La solicitud de acceso real a los consumidores de Estados Unidos es el corolario de haber adoptado una posición ofensiva en la negociación, como por ejemplo la mencionada anteriormente respecto al mercado del azúcar. Esta posición, que puede considerarse poco ortodoxa, ha sido concertada con todo el aparato productivo nacional y es el resultado de un trabajo de varios años en el cual se identificaron las barreras que limitaban la entrada al mercado norteamericano. Estados Unidos ha aceptado que la remoción de dichas barreras sea una parte fundamental de la negociación.

Claro está, después de haber hecho las solicitudes de reducción de aranceles y medidas no arancelarias para 3976 productos es necesario presentar las ofertas. Parte de lo que se acordó con el sector productivo nacional es que, así como se había sido ofensivo en las solicitudes, se iba a ser generoso

con las ofertas. Los principios para hacer dichas ofertas asumen que se cubrirá todo el universo arancelario, y si el país tiene una sensibilidad muy fuerte en algún producto, la protección a éste se sostendría a cambio de la permanencia de la protección a algún producto sensible de la contraparte.

Es necesario entonces tener claro que habrá un impacto importante sobre los ingresos fiscales debido a la reducción de aranceles, y probablemente habrá necesidad de adoptar normas técnicas y sanitarias razonables para proteger la salud de los colombianos.

El que se estén llevando a cabo unas negociaciones de carácter ofensivo en las solicitudes y generoso en la ofertas no significa que se haya olvidado el concepto de asimetría que se aplica cuando dos países con gran disparidad de poder económico suscriben un tratado de libre comercio. El principio de asimetría ha sido establecido por la Organización Mundial del Comercio y concede un trato especial y diferenciado al país de menor nivel de desarrollo y menor tamaño de economía en la negociación. Este es un principio que Estados Unidos ha respetado con todos los países con los que ha firmado tratados, como, por ejemplo, con Chile.

También es necesario aclarar que la negociación se está llevando a cabo teniendo en cuenta la premisa del “todo único” (single undertaken). Esto significa que ningún punto de acuerdo durante las negociaciones es inmodificable hasta cuando haya finalizado definitivamente el proceso de negociación. El TLC es así un paquete global del que se puede dar cuenta definitivamente sólo en la última ronda, pues previamente a esto sus compromisos pueden ser replanteados.

Impactos jurídicos del Tratado de Libre Comercio

232

Ya se ha mencionado la importancia que tendrá en el TLC el establecimiento de reglas claras que le impriman predictibilidad y confianza al sistema de comercio binacional. Para que esto sea una realidad, el Tratado se convertirá en una ley de la República, y por lo tanto derogará todas las demás normas jurídicas de igual o menor jerarquía que le sean contrarias. Lo que diferencia a un acuerdo de libre comercio de otros tratados internacionales es que este es un compromiso que tiene un carácter más vinculante para el estado que lo suscribe, pues de no cumplir el acuerdo puede estar sujeto a sanciones efectivas como, por ejemplo, el retiro de las ventajas comerciales que se le han concedido. De esta forma, el TLC tendrá múltiples consecuencias, tanto directas como indirectas, en el ordenamiento jurídico colombiano.

Sin embargo, antes de crear una normatividad nueva, el Tratado generará un mayor acatamiento de muchas leyes ya existentes que son compatibles con él. Este es el caso de la legislación referente a temas laborales y ambientales, pues estas son dos áreas que siempre se incluyen en los tratados que firma Estados Unidos. El objetivo es que el tratado obligue a Colombia, y demás países andinos que lo suscriben, a cumplir sus propias leyes laborales y medio-ambientales, para que así la mayor competitividad que puedan tener los países sudamericanos no provenga de un detrimento de la situación de los trabajadores ni del entorno natural. Si Colombia no cumple su propia legislación laboral o ambiental, estará sujeta a multas. El monto que se pague en dichas multas se deberá invertir en el mismo país de forma tal que sirva para promover el cumplimiento de las leyes; estas multas constituyen entonces una especie de gasto obligado que debe hacer la nación en sus áreas débiles.

El TLC marcará de esta forma una gran diferencia con otros acuerdos comerciales que ha suscrito Colombia, más expresamente con el esquema jurídico andino, en el cual se ha vuelto consuetudinario el incumplimiento de los fallos. El Tratado generará el encuentro de dos culturas jurídicas muy distintas, y esto va a requerir mucha preparación por parte de los profesionales colombianos para poder entender cabalmente el sistema de la contraparte.

El TLC a su vez no puede ser contradictorio con otros tratados internacionales que haya suscrito Colombia con anterioridad. Uno de los más importantes es el de la Comunidad Andina de Naciones, en el que se incluyen dos países que no están suscribiendo el TLC, Venezuela y Bolivia. (Una delegación de Bolivia está asistiendo a las negociaciones del tratado, pero Venezuela particularmente no se encuentra interesada en este tipo de acuerdos). Por medio de la decisión 598 del concejo andino de ministros de relaciones exteriores se autorizó a Colombia, Ecuador y Perú a realizar un acuerdo de libre comercio con terceros países, sobre la base de que se le concederá a Venezuela y a Bolivia la condición de “nación más favorecida”. Esto significa que si en el marco del TLC se le otorga a Estados Unidos una nueva ventaja, no existente dentro del grupo andino, ésta ventaja también se le debe conceder, de forma unilateral, a Bolivia y Venezuela. De esta forma se evitarán contradicciones dentro de la comunidad andina que podrían impugnar la validez del TLC.

Entre los diversos aspectos jurídicos específicos que se verán influenciados por el Tratado de Libre Comercio podemos enumerar los siguientes:

En el tema de comercio transfronterizo es muy probable que se requieran

ciertas reformas al actual código de comercio. Por ejemplo, se deberá levantar el actual requisito que exige la apertura de una sucursal en el país si se desean ejercer actividades permanentes de prestación de servicios. Esto es considerado como una restricción transversal, y lo más seguro es que se demande que dicho requisito no sea aplicable para todo tipo de servicios.

Con el objetivo de garantizar la transparencia de las relaciones comerciales y prevenir conflictos, el TLC obligará a que las comisiones de regulación, antes de cambiar una norma, publiquen el proyecto de la nueva norma y le permitan a los actores afectados dar a conocer su opinión sobre el cambio que se piensa realizar. Esto no implica que se deba adoptar lo que los afectados quieran, pero sí ofrece una instancia para que el Estado evalúe lo que va a hacer y presente explicaciones sobre las razones que le llevan a implementar el cambio. Tener esta instancia de transparencia facilita mucho los procesos, pues reduce el posible carácter discriminatorio de la regulación.

En lo referente a inversión extranjera, Colombia ha utilizado desde hace más de un siglo el criterio de territorialidad que se desprende de la doctrina Calvo. Este criterio dictamina que el extranjero haciendo negocios en Colombia se somete a la ley y jurisdicción nacionales y debe utilizar los canales institucionales del país para resolver los conflictos, renunciando así a la protección diplomática que le podría otorgar su gobierno. Con el TLC se extiende este principio de territorialidad, pero situándolo en un marco legal tal que asegure que no haya discriminación contra los inversionistas extranjeros. Por lo tanto se consignarán compromisos de transparencia y certeza jurídica en el sistema, así como el principio de nación más favorecida, el cual estipula que si hay un país que tenga un tratamiento mejor al establecido en el tratado, Colombia se obliga a dar ese mismo trato a los inversionistas de Estados Unidos.

La historia reciente de Colombia ha visto numerosos cambios en el trato otorgado a la inversión extranjera. Hasta 1990 todas las inversiones extranjeras que se realizaban en el país requerían del visto bueno del Departamento Nacional de Planeación y debían cumplir con todos los requisitos que esta institución exigiera, como, por ejemplo, dónde se debía localizar la inversión, número de empleos a crear, compromisos de exportación, etc. En el mismo sentido altamente proteccionista, había sectores con restricciones para la inversión extranjera y había un límite al giro de utilidades que podían realizar los inversionistas. Estos lineamientos comenzaron a cambiar a partir de 1992 cuando se inicia el proceso de apertura y se levantan tantas trabas burocráticas a la inversión, lo cual le quitó a Planeación Nacional su papel regulador.

Igualmente, se instauró el principio de universalidad, el cual implica que los inversionistas extranjeros no tienen restricciones para invertir en ningún sector de la economía, a excepción de ciertas áreas clave como son defensa nacional, disposición de basuras y desechos tóxicos.

Ahora, con la adopción del TLC, se confirmarán estos lineamientos para la inversión extranjera y también otros que ya han sido suscritos con el Fondo Monetario Internacional, como la libertad de transferencia en los giros y la libre movilidad de capital. Sin embargo, no todo será una reiteración de reglas ya adoptadas. Es muy probable que en el TLC se incluyan estipulaciones que requerirán de una interpretación de las cortes, y que no estarán exentas de polémica. Una de estas condiciones es la de compensación en caso de expropiación, la cual en sí misma no es nueva, pero en el tratado es muy probable que se incluya también la idea de *compensación a la expropiación indirecta*. El problema es que aún no se encuentra claramente definido que significa *expropiación indirecta*. Por ejemplo, ¿pueden considerarse como expropiación indirecta el incumplimiento de un contrato por parte del Estado, o la expedición de una nueva medida por parte de una comisión de regulación que afecte negativamente a alguna firma extranjera? Será necesario esperar a que se resuelvan casos específicos de este tipo para poder afirmar cómo se entiende este nuevo concepto, pero lo que se puede afirmar desde ahora es que el TLC sí establecerá un nuevo marco jurídico. En general, es posible prever cómo quedará articulado el tema de inversión extranjera si se examina el tratado de libre comercio que Estados Unidos suscribió con Chile, pues es casi seguro que se apliquen los mismos parámetros para la negociación con Colombia.

Patentes y protección a la propiedad intelectual

235

Uno de los puntos más controversiales que se incluirán en el TLC es el concerniente a las patentes y la protección debida a la propiedad intelectual, sobre todo en el caso de los medicamentos, dados los fuertes impactos que este tipo de regulación tiene sobre el nivel de vida de las sociedades.

Esta controversia también se vio reflejada en el ciclo de conferencias realizado en la Universidad Icesi. En opinión de la mayoría de los conferencistas, el TLC no implica un peligro inminente para el acceso a los medicamentos, pues las cláusulas del tratado no ocasionarán la eliminación de los medicamentos genéricos al no haber un cambio significativo en los actuales niveles de protección de la propiedad intelectual. Por otro lado, el

conferencista José Luis Reyes sí expresó temores acerca de las consecuencias que tendrá la suscripción del TLC sobre el acceso a los medicamentos por parte de la mayoría de la población. En su conferencia, que expresamente tomaba partido por la industria nacional farmacéutica, el señor Reyes señaló varios puntos de la negociación que, de ser aprobados, generarán un aumento en el precio de los medicamentos al reforzar las capacidades monopolísticas de las multinacionales de esta industria.

En diálogo con las opiniones expresadas por el José Luis Reyes, la conferencista Luz Marina Zea presentó su propia percepción de las consecuencias para el país de los cambios en la normatividad de patentes, y resaltó algunos aspectos positivos que este proceso podría generar.

A continuación se presentan los puntos más importantes de las charlas de estos dos conferencistas.

Conferencia de José Luis Reyes

Para poder presentar una discusión sobre el nivel apropiado de protección a la propiedad intelectual es necesario, en primer lugar, tener claridad sobre qué concepto se está hablando. Así, el primer paso en la discusión debe encaminarse a definir qué se entiende por propiedad intelectual que puede estar sujeta a la protección por medio de una patente:

Una patente es un derecho temporal de exclusión, otorgado por un Estado y representado en una oficina de patentes, para una invención que haya demostrado ser nueva, es decir, que haya demostrado no estar en el estado del arte, no ser conocida anteriormente, tener nivel de inventiva -es decir, no ser obvia o algo que se desprende evidentemente del arte o de la técnica anterior-, y ser aplicable industrialmente.

Es evidente que la protección por medio de patentes, otorgada de manera racional, es necesaria para propiciar el desarrollo tecnológico. Toda invención que presente las tres características anteriormente mencionadas (novedad, carácter inventivo, aplicabilidad industrial) debe contar con una protección legal por parte del Estado. Sin embargo, la existencia de este consenso sobre el tema no impide que surjan desacuerdos cuando se trata de establecer qué implica el que se otorgue dicha protección de manera racional. Este tipo de reflexión no se puede llevar a cabo sin entrar en consideraciones de orden social, político y económico, pues en caso de que los beneficios privados otorgados por la patente excedan el alcance de los beneficios públicos, se

podría poner en duda si la decisión fue realmente racional. En casos en que el esquema de patentes pone en riesgo derechos fundamentales, como el derecho a la vida y el derecho a la salud, o en que evita que las industrias nacionales progresen al tener un acceso razonable a desarrollos tecnológicos foráneos, entonces se hace necesario repensar el alcance que deben tener las patentes.

Desde esta perspectiva, un proceso de fortalecimiento del sistema de patentes como lo está pidiendo Estados Unidos en la actual negociación no muestra claramente condiciones de razonabilidad. Se ha argumentado que es normal que al principio de la negociación las partes presenten peticiones bastante ambiciosas, para poder ir cediendo a partir de ellas durante el transcurso de la negociación. Sin embargo, las peticiones iniciales de Estados Unidos son realmente exageradas, como por ejemplo la pretensión de poder patentar plantas y animales. Siendo Colombia el tercer país más rico en biodiversidad del mundo, no se pueden admitir este tipo de patentes, pues equivaldría a colocar todo el recurso genético en manos foráneas. Es necesario entonces mantener y defender las estipulaciones aún vigentes de la Comunidad Andina de Naciones que regulan el acceso a los recursos genéticos.

Otro punto de la negociación que genera serias reservas es el del denominado patentamiento espurio. De esta forma se le llama a las “patentes” que no se ajustan estrictamente a la definición anteriormente presentada, y que son simplemente una forma de remozar productos o procedimientos de existencia anterior para darles un uso distinto. Por ejemplo, hay distintos tipos de productos, como alimentos o cosméticos, que no tienen inicialmente una indicación de carácter farmacéutico, pero a los que de una manera accidental se les encuentra un uso de este tipo. También los profesionales de la medicina, en sus actividades normales, pueden encontrar usos alternativos para productos farmacéuticos ya patentados, o generar nuevos métodos terapéuticos durante el ejercicio de la profesión. Una de las solicitudes de Estados Unidos es que se concedan patentes sobre todas estas cosas, lo cual equivaldría a proteger aspectos que no provienen de una verdadera actividad inventiva y que restringirían el ejercicio de una profesión liberal como lo es la medicina. En otras palabras, esta pretensión se opone a una razonable comprensión del derecho al trabajo.

Otra pretensión especialmente grave, en el asunto de la propiedad intelectual relacionada con el campo farmacéutico, es la extensión del tiempo de la vigencia de las patentes más allá de veinte años. Según acuerdos

radicados en la Organización Mundial de Comercio, veinte años constituyen un tiempo suficientemente amplio para recuperar la inversión destinada a la invención de un producto farmacéutico. Quienes pretenden ampliar este lapso argumentan que las oficinas de patentes se demoran un tiempo prudencial para determinar la seguridad y eficacia sanitaria del producto y sus requisitos de patentabilidad. Por lo tanto, esta demora justificaría la ampliación del plazo de veinte años. Sin embargo, los defensores de esta medida no tienen en cuenta que las normas andinas vigentes ya establecen que el titular de la patente en tramitación tiene derecho a demandar a aquellos que hayan obtenido ganancias a través de la explotación de su producto antes de que la patente fuera concedida. Es decir, el derecho de exclusividad que otorga la patente es retroactivo hasta el momento en que se radicó la solicitud en la oficina de patentes. De esta forma, si la patente se otorga seis años después de su solicitud, el titular puede demandar a quien haya usufructado el producto durante esos primeros seis años.

A pesar de esto, el gobierno de Estados Unidos, en defensa de sus compañías, ha pretendido extender el término de vigencia de la patentes por cuatro o cinco años más, bajo el argumento de que hay que compensar a las compañías por el tiempo de espera de aprobación de la patente.

Hay otra pretensión en las actuales negociaciones que afecta al régimen de licencias obligatorias, el cual es una institución nada reciente en esta área. Esta institución consiste en lo siguiente: en regímenes de patentes de invención, las licencias obligatorias suponen la posibilidad de que el Estado que concede la patente imponga al titular del derecho, en circunstancias determinadas, la obligación de otorgar licencia a terceros. Claro está, se trata de una licencia remunerada. En Colombia hay algo que respalda el carácter razonable de esta institución: la existencia de un régimen de propiedad privada con función social. Esta idea no es una invención de la Constitución de 1991, sino que es algo que se ha sostenido desde la reforma constitucional de 1936. La propiedad tiene una función social, y la función social del inventor es no sólo entregarle la información a la sociedad, para que ésta le dé, en contraprestación, un derecho exclusivo a veinte años, sino que también tiene el deber de explotar la invención en el territorio respectivo. Acuerdos respaldados por la OMC han establecido que ni siquiera es necesario fabricar el producto o el procedimiento patentado en el territorio nacional, para que se entienda que existe la explotación, sino que el titular de la patente deberá explotar esa invención de manera regular en el territorio donde se le concedió o, de lo contrario, otorgar una licencia contractual a quien se la solicite. Existe una propuesta de eliminar este sistema de las

licencias obligatorias, lo cual implica atender contra la función social que debe cumplir la propiedad.

También se ha hablado en las negociaciones del TLC de otorgar un privilegio adicional al inventor, el cual consiste en la prohibición de las importaciones paralelas. Esto significa que si un mismo producto farmacéutico patentado se encuentra disponible en varios países, y en cada país el producto tiene un precio distinto, no sería posible importar el producto desde aquel país donde se consigue a menor precio. Esta propuesta de eliminación de las importaciones paralelas va, por lo tanto, en sentido opuesto al derecho a la salud y al principio de libre competencia.

En el mismo sentido de otorgar mayores ventajas a los titulares de patentes, el gobierno de Estados Unidos está buscando que se impida la obtención de registros sanitarios para productos cuyas patentes estén a punto de expirar. A esto se le conoce como el *link edge*, e implicaría que la patente no sirva solamente para evitar la comercialización del producto por parte de un tercero, sino también para evitar que durante su vigencia se realicen los procedimientos legalmente necesarios para que la competencia pueda ofrecer dicho producto inmediatamente después de la expiración de la patente.

Otro aspecto de singular gravedad que se está debatiendo actualmente es la propuesta norteamericana de eliminar las oposiciones a las solicitudes de patentes. Estas oposiciones implican la publicación de las solicitudes de patente para que puedan ser objeto de observaciones, de comentarios y de crítica por parte de terceros, y así llamar la atención sobre aspectos que podrían ocasionar la no concesión de la patente, o la concesión en términos o condiciones distintas a las que fueron incluidas en la solicitud. La institución de las oposiciones permite ejercer el derecho de contradicción y el derecho a la libre competencia. Eliminar esta instancia es pretender disponer de patentes sin ningún tipo de restricción razonable, sin limitaciones que respondan al ejercicio de derechos por parte de la población. Afortunadamente, el gobierno colombiano continúa apoyando la permanencia de esta institución de las oposiciones.

En general, es necesario tener en cuenta que en este tema de la protección a la propiedad intelectual no es posible dar marcha atrás una vez se han otorgado concesiones en un tratado con otro gobierno. Por lo tanto se debe tener sumo cuidado en no renunciar unilateralmente a principios respaldados por convenciones y declaraciones internacionales, como lo es el principio de

que los derechos patrimoniales de propiedad intelectual están supeditados al derecho supremo a la salud.

Conferencia de Luz Marina Zea

El debate sobre el nivel adecuado de protección a la propiedad intelectual debe partir del supuesto realista de que la investigación científica no es espontánea, sino que se encuentra motivada por la búsqueda de un beneficio económico. La inversión requerida para generar un nuevo medicamento es bastante alta, los procesos de investigación son largos y con una altísima probabilidad de fracaso. Es por lo tanto necesario que las sociedades sigan alcanzando adelantos científicos, sin perder el balance realmente adecuado entre los costos y los beneficios de un sistema de patentes.

Por otro lado, también es conveniente ver el tema de las patentes desde el lado positivo que tiene. Los productos de tecnología de punta, si bien en algunos casos son más costosos, también implican desde otro punto de vista ahorros, ya que son lo último en investigación y son el remedio correcto para la enfermedad de la que sufre el paciente. Esto, desde una perspectiva macro, le genera grandes ahorros a la sociedad en costos de hospitalización, rehabilitación, discapacidad laboral, etc.

Además de esto, también es necesario tener en cuenta que hay otros aspectos que inciden en los costos de los medicamentos que no tienen nada que ver con el régimen de propiedad intelectual. Entre ellos se encuentran los procedimientos de aprobación legal, la estructura del mercado, la competencia existente y los impuestos y aranceles nacionales. Por ejemplo, si se establece un marco regulatorio con procesos más transparentes y ágiles, que le brinden seguridad jurídica al fabricante sobre cuál es el trámite específico que debe realizar, y que garantice una igualdad en las reglas de juego para todos los participantes, entonces todo esto generará una disminución en los costos. Este tipo de mejoras en el esquema institucional y normativo colombiano es algo que se podría incentivar por medio de la suscripción del TLC con Estados Unidos.

En términos de estructura del mercado, está estadísticamente comprobado que no se necesita simplemente que no haya patentes para que los medicamentos tengan precios bajos. Se necesita que exista un esquema de competencia bastante amplia, por lo menos de más de cinco jugadores en el mercado. Y el hecho de que exista una patente no implica necesariamente que no haya competencia, porque cada medicamento tiene en promedio entre diez y sesenta alternativas terapéuticas, y así la patente no genera

siempre un monopolio en la práctica.

Existe, pues, un equívoco en la idea de que los problemas de salud pública de un país en desarrollo como Colombia provienen del régimen de propiedad intelectual. En la lista de la Organización Mundial de la Salud los medicamentos esenciales que tienen patente equivalen solamente al 5%, es decir, de 319 medicamentos esenciales, sólo 17 tienen patente. Colombia tiene el nivel de precios de medicamentos más bajo de Latinoamérica, el cual, a su vez, es mucho más bajo que el existente en Estados Unidos, Canadá y Europa. Los medicamentos en Colombia, aunque pueden parecer costosos para algunos niveles de ingresos, son los más bajos de la región. Más bien, el gran reto del país radica principalmente en garantizar mejor y más amplio acceso a los sistemas de salud pública por parte de la población

Por otro lado, la innovación, eficiencia y productividad que son promovidas por las patentes generan ahorros, dado que la investigación no radica solamente en encontrar sustancias curativas nuevas, sino también en hallar formas mejores y más económicas de realizar los procesos. Estos beneficios en la estructura de costos de las empresas farmacéuticas deberían entonces reflejarse en precios más razonables y equitativos para los consumidores, y en este aspecto sí debería entrar en juego la vigilancia que pueden ejercer los gobiernos para que esto se dé en la realidad.

Ya en lo referente a situaciones puntuales, como la patentización de “segundos usos” que se le encuentren a los medicamentos, o las denominadas patentes espurias, es claro que no deberían ser cobijadas por la protección a la propiedad intelectual, pues muchas veces son simplemente una presentación nueva de un conocimiento ya viejo. Sin embargo, sí hay casos específicos en que estos segundos usos tienen todos los elementos de patentabilidad mencionados anteriormente, así que no es conveniente generalizar completamente y negar de entrada esta posibilidad de obtener patentes.

En el tema de patentes sobre plantas y animales, claro que hay que tener mucho cuidado debido a la gran riqueza biológica del país. A pesar de esto, no se le debe tener un temor desproporcionado a este tipo de patentes, ni tampoco a las que cubren los conocimientos tradicionales de comunidades indígenas y afroamericanas. Lo que hay que hacer es asegurarse de que los beneficios de dichas patentes realmente se dirijan a los generadores originales de esos conocimientos y a las comunidades donde se encuentran tales recursos naturales. De esta forma, el TLC puede servir para que la comunidad científica

local tome la iniciativa y aproveche estas fortalezas ocultas que tiene el país y las convierta en beneficios para las comunidades.

Por otro lado, sería inconveniente extender la vigencia de las patentes a un lapso mayor de veinte años. Sin embargo, hay que tener en cuenta que los procesos aprobatorios en Colombia son extremadamente largos y dispendiosos, lo que ocasiona que el tiempo real de ejercicio de la patente sea de quince o doce años. Es necesario entonces buscar la forma de agilizar esos procesos, para así lograr que la protección sea lo más cercana posible a los veinte años y evitar que surjan argumentos que justifiquen una extensión de la protección comercial al medicamento.

En general, es necesario recordar que Colombia está vinculada a tratados que estipulan un nivel mínimo de protección para todos los países miembros. Nuestra legislación es la de la Comunidad Andina, y ésta establece mecanismos de solución de diferencias y flexibilidad en los regímenes internos de propiedad intelectual, pues, dadas las disparidades en el desarrollo de los países, no todos los sistemas de patentes tienen que ser iguales para todo el mundo. Así, no hay por qué ceder ante todas las pretensiones sobre patentes provenientes de la contraparte en la negociación, y aún puede permanecer el país dentro de un marco más amplio y general de esquema de patentes mundiales.

Aún así, en la negociación del TLC sí se tiene en cuenta la protección al acceso a la salud, ya que entre las cláusulas de la Organización Mundial de Comercio está claramente estipulado que cualquier régimen de patentes debe tener en cuenta la protección de la salud y la nutrición de la población. También se prevé que los gobiernos establezcan esquemas de prevención de abuso de derechos por parte de los titulares de las patentes.

242

El objetivo de que la discusión sobre la protección a la propiedad intelectual haga parte de la negociación del TLC radica en dejar atrás la situación de rezago tecnológico en los países menos desarrollados. Es necesario aprovechar el tratado para buscar la transferencia y difusión de tecnología, aprender de quienes tienen mucha más experiencia en esta área, y así promover la innovación en el país. Igualmente, cuando Colombia logre una ventaja tecnológica en algún campo, querrá que esta propiedad intelectual sea respetada y se convierta en una fuente legítima de de ingresos.

Colombia ha venido afianzando su esquema legal de protección a la propiedad intelectual. Este tipo de mejoras, que se buscan fortalecer con el TLC, ayuda a que las industrias foráneas tengan una mejor percepción del país y promueve la inversión de tecnología que antes no contaba con un terreno institucional propicio para su llegada.