

## ACCIÓN DE RECLAMACIÓN SIN INFRACCIÓN ¿EL LADO OSCURO DEL TLC? \*

---

Ciro Germán López Díaz\*\*  
*Corporación Universitaria Republicana*

### RESUMEN

La acción de reclamación sin infracción es una de las herramientas que hace parte de los mecanismos de solución de controversia que contiene el Tratado de Libre Comercio EE.UU.-Colombia. El objetivo de este artículo, es establecer qué consecuencias acarrea para Colombia la inclusión de la Acción de Reclamación sin Infracción dentro del capítulo de solución de controversias del TLC con los EE.UU. La metodología que se empleó en la investigación y que permitió establecer una posición de la Acción de Reclamación sin Infracción, es la hipotético-deductiva.

Luego de analizar la acción de queja, se puede concluir que esta es una herramienta necesaria dentro de cualquier acuerdo de comercio multilateral, pero su empleo trae dos caras: por un lado ayuda a defender los beneficios que se esperan con un acuerdo, pero, de otro lado, limitan el obrar de un estado, para tomar medidas que pongan a salvo sus economías luego de la eliminación de las barreras comerciales conseguidas con un TLC.

**Palabras clave:** Tratado de Libre Comercio, anulación o menoscabo, acción de reclamación sin infracción, OMC, solución de controversias.

### ABSTRACT

The non violation complains is one of the tools that belong to the mechanisms that find out the controversy of the treaty of free commerce between EE.UU and Colombia, which influenced one of the requirements established by the negotiating group of the first world's economy. Whom also known the non violation complains in two ways, in one hand a huge instrument to make the agreement be respected around a treaty of commerce, in the other hand the existence of it makes a possibility to turn the state that is charged into this action as a responsible of all the situations that they can-not handle even to the ones that the state is allowed and has the right to.

The aim of this article is to establish the consequences that Colombia can get with the inclusion proposed of the non violation

Fecha de recepción: 12 de noviembre de 2009. Fecha de aceptación: 15 de diciembre de 2009.

\* Este artículo es producto del proyecto de investigación "EVENTUAL IMPACTO DE LA INTRODUCCIÓN EN EL TLC EE.UU.-COLOMBIA DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN SIN INFRACCIÓN" que se desarrolló dentro de la línea de Derecho Comercial y Financiero del Grupo de Investigación Derecho Económico y Estado de la Corporación Universitaria Republicana.

\*\* Docente Investigador de la Corporación Universitaria Republicana, Línea Derecho Comercial y Financiero, Grupo de Investigación Derecho Económico y Estado. Abogado de la Universidad Sergio Arboleda, candidato a especialista en Comercio Internacional y Candidato a Maestro en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo electrónico cirolopez0060@hotmail.com.co

complain into the treaty of free commerce with the EE.UU.

The methodology that we used in the research and the one let us to establish a position with the non-violation complains is the hypothetic-deductive.

To summarize Colombia requires being ready not only for the treaty of free commerce also to the agreements made with other countries, in the mean that we have to take into account all the necessary measurements to protect our economy from the consequences that comes with the non-commerce barriers; in that order of ideas we avoid the use of tools that can interfere with the benefits from the other parts of the agreement and be the center of charges related to non-violation complains

**Key words:** The agreement trade free, cancellation or reduce, non violation complaints, WTO.

## PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿La existencia de la Acción de Reclamación sin Infracción plasmada en el artículo XXIII, párrafo primero, literal b) del GATT de 1994, dentro del Tratado de Libre Comercio de Colombia con los Estados Unidos de Norte América, podría convertir el acuerdo comercial en una amenaza para la industria nacional?

## METODOLOGÍA

En el desarrollo de este artículo se empleó el método hipotético-deductivo, acompañado de elementos como lo son el bibliográfico, descriptivo y explicativo. El estudio se llevó a cabo a través de la consulta directa de la doctrina existente, junto con el análisis de los casos en que ha sido centro de la discusión, para así lograr generar conclusiones que permitan determinar qué clases de con-

secuencias trae consigo la inclusión de la acción de reclamación sin infracción en los mecanismos de solución de controversias del TLC entre Colombia y EE.UU. A lo anterior se le suma el estudio del desempeño que ha tenido y el que puede generar, la acción de reclamación sin infracción en Propiedad Intelectual, en especial lo que respecta a la salud pública. Finalmente se consultaron páginas web nacionales e internacionales, en las cuales se aborda el tema propuesto.

## INTRODUCCIÓN

Poco se ha escrito sobre la acción de reclamación sin infracción entronizada en el Artículo XXIII del GATT (Acuerdo General de Aranceles y de Comercio) de 1947. Es ésta una de las dos modalidades de anulación o menoscabo traídas por este artículo, el cual establece las únicas causales para acudir ante el mecanismo de solución de diferencias de ese organismo multilateral. Huelga anotar que estas dos vías legales fueron adoptadas en su integridad por el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) de 1994. Dicho de otra manera, en el comercio internacional concurren dos causales para el ejercicio procesal de los derechos que corresponden a las partes interesadas: una, la acción por anulación o menoscabo resultante del incumplimiento de obligaciones contraídas en el acuerdo respectivo (la más común) y la otra, la acción por anulación o menoscabo por aplicación de una medida, contraria o no, a las obligaciones pactadas en el instrumento internacional (llamada, entonces, acción de reclamación sin infracción). Esta investigación trata de la segunda de estas situaciones.

En el largo historial del mecanismo de solución de diferencias del GATT y de la OMC, el cual registra 657 disputas, de las cuales, apenas ocho han tenido como fundamento reclamaciones o acciones sin infracción reguladas como ya se indicó en el artículo XXIII del GATT de 1947, más exactamente en el literal b) de esa norma.

Sin embargo, la inclusión de esta figura en otro tipo de instrumentos internacionales como el Tratado de Libre Comercio de EE.UU. con Colombia hace especialmente apremiante una investigación a fondo sobre las características y consecuencias de este tipo de acción. Adicionalmente, el que la figura jurídica haya sido incluida en los capítulos de Trato Nacional y Acceso a Mercado de Bienes; Textiles y Vestido; Reglas de Origen y Procedimientos de Origen; Contratación Pública; Comercio Transfronterizo de Servicios y Propiedad Intelectual del TLC, comporta un examen cuidadoso que se realiza en la presente investigación.

Se advierte, sin embargo, que debido a la especificidad de la figura poco se ha escrito sobre ella. Por tanto, este escrito se nutre de manera importante en los pronunciamientos del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, así como de las referencias puntuales que se encuentran en publicaciones sobre los organismos e instituciones de comercio internacional. Entre estos, merece destacarse el libro *Resource Book on Trips and Development*, editado conjuntamente por UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development (2005) y la obra *The Political Economy of World Trading System* de B.M. Hoekman y M. Kosteci (2001), así como de otros escritos que se indicarán oportunamente.

El estudio que se pretende realizar de la "Queja sin violación", como algunos autores denominan también a la acción de reclamación sin infracción, tiene como propósito establecer los buenos y malos resultados que se han dado durante el desempeño de esta acción, en el escenario de conflictos multilaterales presentados en la esfera de la OMC, y en los que hoy en día han de verse en los acuerdos bilaterales, particularmente en los celebrados por Estados Unidos, en sus tratados de libre comercio, con Chile, el NAFTA y CAFTA.

## RESULTADOS

La Acción de Reclamación sin Infracción surgió a la vida jurídica en el GATT (Acuerdo General de Aranceles y Comercio) en 1947, en el artículo XXIII del numeral 1, literal b). Posteriormente esta acción se plasmó de nuevo en el GATT de 1994, pero en aquella oportunidad haciéndola parte de la estructura normativa de la OMC (Organización Mundial del Comercio), en donde ha tenido desarrollo en el campo de la solución de controversias, en el que cuenta con una amplia construcción jurisprudencial y doctrinal en dicha organización.

Esta acción se plasmó en el TLC entre Estados Unidos y Colombia, en donde el resultado que arrojó la negociación, hasta el momento, ha establecido que se ha de aplicar para la solución de controversias la mencionada acción, en cuanto éstas se refieran a la interpretación o aplicación del acuerdo celebrado entre las partes.

Para lograr establecer el efecto de la acción de queja, hay que profundizar en su contenido, comenzando por el análisis que sobre esta figura realizó la Comunidad Europea, a través de un panel de expertos, constituido por ésta hacia el año de 1991, y que con ocasión de una controversia suscitada llegó a determinar, que "cualquier miembro de la Comunidad Europea, podría iniciar un procedimiento de solución de controversias contra una medida de otro miembro, aunque dicha medida no sea incompatible con los acuerdos abarcados de la OMC, siempre que el miembro reclamante considere que dicha medida le anula o menoscaba un beneficio esperado bajo algún acuerdo o le impide alcanzar algún objetivo contenido en los acuerdos abarcados".<sup>1</sup> Además de este concepto, el panel de expertos establecido por la Comunidad Europea determinó de la Acción de Reclamación sin Infracción, sus elemen-

1 Santiago Rojas Arroyo y M. Eugenia Lloreda P. ¿TLC? Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio; Solución de Controversias; Bogotá D.C. 2007; pág. 121.

tos esenciales y el contenido de estos, para evitar el abuso que con esta acción podría presentarse en el desarrollo de un acuerdo comercial.

Los elementos esenciales que deben concurrir para que se pueda ejercer la Acción de Queja son tres: el primero es la ventaja que espera percibir un miembro de un acuerdo comercial y que necesariamente no se concretó o se encuentra en peligro, a causa del segundo elemento, que es la medida que está generando el malestar. Por último tenemos la relación de causalidad entre los dos primeros elementos enunciados.

El miembro de un acuerdo comercial, que actúe por medio de la acción de reclamación sin infracción, es sobre quien recae la carga de la prueba; es decir, tiene la obligación de demostrar los ya mencionados componentes, para que pueda llevarse a cabo una defensa de los intereses bajo el ejercicio de esta acción.

Haciendo un análisis minucioso de los elementos que integran la acción de reclamación sin infracción, en primer lugar se encuentra la ventaja que el miembro acusador considera, se encuentra anulada o menoscabada. Ésta debe consistir exclusivamente en "las promesas de mejor acceso a los mercados",<sup>2</sup> que se materializaron al momento de la negociación, con la disminución o eliminación por completo de las diversas barreras comerciales, que el autor de la medida imponía para poder acceder a su mercado.

Con lo anterior se logra concretar que el beneficio esperado por el reclamante es objeto de anulación según el panel de investigadores de la Comunidad Europea, solo cuando se presentan efectos adversos por la medida empleada por el otro miembro, como el generar frustración de las

expectativas razonables surgidas de las promesas de mejor acceso a los mercados.

Es importante tener en cuenta que las expectativas anuladas se debieron esperar como consecuencias de promesas de mejor acceso a los mercados como un requisito esencial de la acción de reclamación sin infracción, ya que con esta exigencia se logra evitar que diferentes miembros de acuerdos comerciales accedan a esta acción, argumentando frustraciones de ventajas o beneficios que según ellos adquirirían, y que en realidad jamás se lograrían alcanzar teniendo en cuenta lo acordado o la capacidad del mercado o incluso su propia capacidad de producción.

Siguiendo con el análisis, en segundo lugar está la medida que es aplicada por la otra parte, la cual puede ser o no una acción que tenga como autor al miembro infractor, pero que obligatoriamente haya sido adoptada por este.

Además, al momento de ejercer la acción el reclamante debe tener claramente identificada la medida que le está generando el perjuicio, porque de lo contrario no se puede sostener el reclamo, con base en que una medida es la causante sin establecer con total exactitud, cuál es la responsable.

Para finalizar con los elementos esenciales, la definición que los analistas indicaron sobre la relación causal es que ésta consiste en la tendencia a presentarse o a sufrir efectos adversos, por lo que no se requiere probar pérdidas comerciales por parte del miembro afectado. Para poder acudir a este mecanismo basta con establecer cómo se perjudicaría el desarrollo comercial a futuro, ya que el fin de esta acción es encontrar soluciones rápidas y efectivas antes de que se presenten grandes inconvenientes, que ocasionen daños irreversibles.

Apartándonos de las conclusiones indicadas por la Comunidad Europea, encontramos a expertos en el tema como lo son los doctores Santiago Rojas Arroyo y María Eugenia Lloreda P., quienes dentro de su investigación plasmada en el libro de solución de controversias, sostienen entre sus argumentos, que a pesar de que la acción de reclamación sin infracción es incluida por muchos países al momento de celebrar convenios de orden comercial, como por ejemplo los Estados Unidos que en todos sus acuerdos comerciales lo incluyen en el capítulo de solución de controversias, al momento de llevarlo a la realidad o a la práctica es empleado de forma excepcional,

"Pues es bastante difícil demostrar que un país que está incumpliendo con las disposiciones de un acuerdo, al adoptar una medida, compatible con el texto del tratado, y a su vez esté eliminando un beneficio o una ventaja esperada por la otra parte."<sup>3</sup>

La Acción de Reclamación sin Infracción, en los últimos años, ha incrementado su connotación gracias a las nuevas políticas económicas que están manejando los diferentes gobiernos del mundo, en el que la mayoría de éstos buscan establecer acuerdos comerciales, en donde dicho instrumento jurídico adquiere relevancia al momento de establecerse los mecanismos de solución de controversias, que son la garantía para hacer valer lo negociado y posteriormente pactado.

De acuerdo a lo establecido por autores como Bernard M. Hoekman y Michel M. Kotestecki, en muchos de los acuerdos comerciales se establecen figuras de orden diplomático para la solución de futuras controversias, pero estos mecanismos "pueden ser inciertos e inconsistentes, dado que el poder de las dis-

crepancias entre los estados jugará a menudo un papel importante para determinar el resultado".<sup>4</sup> Este impase se hace evidente en el caso del TLC EE.UU-Colombia, debido a que en el caso de buscar soluciones a un enfrentamiento bajo los parámetros de un método diplomático, el beneficiado será sin lugar a dudas el país avanzado, en nuestro caso EE.UU., al hacer éste efectiva su jerarquía sobre nosotros, el Estado menos desarrollado, conduciendo a que cedamos en nuestros intereses, para mantener en buen estado la relación comercial con la potencia, ya que necesitamos de ésta para lograr el desarrollo de la economía nacional.

Por lo anterior "los procedimientos efectivos para la solución de una disputa multilateral o bilateral son particularmente importantes para los estados pequeños",<sup>5</sup> situación en la que se encontraría Colombia, en el futuro desarrollo del TLC con los EE.UU.

El establecer mecanismos de solución de controversias bilaterales es necesario para evitar que las grandes potencias abusen de su posición, al realizar acciones de beneficio unilateral, como las que acostumbra realizar el país del norte en el desarrollo de sus relaciones comerciales que les permite conservar su posición dominante.

De acuerdo a lo plasmado en el GATT de 1947 (Acuerdo General de Aranceles y Comercio), en su artículo XXIII, las controversias pueden presentarse de tres maneras, entre las que se encuentra la que es objeto de este estudio, que se consagra en el literal b), según la cual, "para que tenga lugar una demanda 'sin violación' la medida tiene que ser aplicada por un gobierno, alterar las condiciones competitivas establecidas en una negociación previa, y ser inesperada (en el sentido de que no se podría haber anticipa-

3 Ibidem. Pág. 121.

4 Bernard M. Hoekman y Michel M. Kotestecki. *The political Economy of the world Trading System; The WTO and Beyond*; Oxford: Oxford University Press 1995; pág. 74.

5 Ibidem.



do, razonablemente, en el momento en que las concesiones fueron negociadas)".<sup>6</sup>

Las demandas de acción sin violación según los autores Bernard M. Hoekman y Michel M. Kotestecki, anteriormente mencionados, son un instrumento potencialmente importante para que los países puedan discutir las medidas legales ante la OMC, ya que tienen serias consecuencias adversas en sus economías por lo que "las disputas sin violación permiten que estos casos sean discutidos, y puedan servir como una valiosa herramienta de descubrimiento".<sup>7</sup>

Si se observa el anterior concepto, es requisito indispensable que la medida que está sujeta a la demanda esté revestida de legalidad ante la OMC, por lo que en las peticiones, un miembro no puede ser requerido a que la cambie, lo que además, es perseguir una compensación en otra área. Ello se encuentra establecido con mayor claridad y profundidad en el artículo 26 del DSU, el cual dice:

"Donde una medida ha sido encontrada que anula o impide los beneficios, o impide los logros de objetivos, el acuerdo cubierto relevante sin violación de la misma, no hay obligación de retirar la medida. Sin embargo, en tales casos, el panel o el Cuerpo de Apelación debe recomendar que el miembro involucrado llegue a un ajuste mutual satisfactorio... una compensación puede ser parte de un ajuste mutual satisfactorio como arreglo final de la disputa".

Como se estableció con anterioridad, la causa de la acción es la anulación o la prohibición de los beneficios acumulados en un Miembro bajo un acuerdo protegido; "estos

beneficios consisten en una relación competitiva entre productos nacionales e importados; y la anulación o prohibición es causada al dañar la relación competitiva entre los productos nacionales e importados".<sup>8</sup>

"Las demandas sin violación son percibidas como una introducción a la noción de 'equidad' a las relaciones de comercio internacional de productos".<sup>9</sup>

El empleo de la Acción de Reclamación sin Infracción para Colombia en el desarrollo del tratado de libre comercio con los EE.UU, el cual, según muchos analistas traerá más inconvenientes que beneficios, es "importante para el funcionamiento del sistema, ya que esta provee la forma para que los miembros sometan a discusión asuntos que no están cubiertos por las reglas, pero que tienen efectos adversos en un gobierno".<sup>10</sup>

Con esto se pretende dejar al descubierto la relevancia de la acción, para hacer cumplir los diferentes acuerdos comerciales, al exigir por parte de los Estados un mayor compromiso, reflejado en el cuidado que deben tener al momento de implementar alguna medida que por alguna razón llegue a afectar los intereses de la otra parte, sin ser ello una violación directa al acuerdo.

Cuando se presentan casos de esta índole, el Estado afectado debe buscar por parte del otro Estado, la reivindicación de sus privilegios o expectativas ejerciendo la acción enunciada en el artículo XXIII del literal b) del GATT.

Pero ello no es fácil de aplicar en la realidad, cuando encontramos países, como los Estados Unidos de Norte América, que realizan constantemente acciones de comercio

6 *Ibidem*. Pág. 75.

7 *Ibidem*. Pág. 76.

8 UNCTAD-ICTSD (International Center for Trade and Sustainable Development); *Book on Trips and Development*; Cambridge: Cambridge University, 2005. Pág. 669.

9 Bernard M. Hoekman y Michel M. Kotestecki. *Op. cit.* Pág. 76.

10 *Ibidem*. Pág. 75.

unilateral, para defender sus intereses comerciales, gracias al soporte legal que sustenta dichos actos en la Sección 3 del 'Trade Act' de 1974.

Pero a pesar de lo benefactora que puede llegar a ser la Acción de Reclamación sin Infracción al permitir someter a discusión asuntos que bajo otros mecanismos de solución de controversia pasarían por alto, en nuestro contexto las cosas pueden ser distintas.

Si partimos del punto de que EE.UU. ha venido estudiando y ejerciendo la Acción de Queja desde que inició el GATT en 1947, como una de las partes que constituyen el tratado de libre comercio, sería el único que tiene la experiencia suficiente para saber cómo y cuándo emplearse este instrumento jurídico. Muestra de ello es que ha sido protagonista de algunos de los casos que se han llevado ante el sistema de solución de controversias de la OMC, como en el caso en que protagonizó con la Comunidad Económica Europea, titulado *Primas y subvenciones abonadas a los elaboradores y a los productores de semillas oleaginosas y proteínas conexas destinadas a la alimentación animal*.

Ese caso inició el 22 de abril de 1988, cuando luego de una fallida consulta para llegar a un acuerdo, EE.UU. solicitó que se estableciera un grupo especial para examinar las subvenciones otorgadas por la CE (Comunidad Económica Europea), de conformidad con el párrafo 2 del artículo XXIII del GATT, dentro de la que se encuentra la acción en análisis.

En la comunicación presentada por los EE.UU., cita tres situaciones generadas por las subvenciones a productores y elaboradores de semillas oleaginosas que son la consecuencia de la tercera situación que les

preocupa y en la que entra a protagonizar la Acción de Reclamación sin Infracción. Las preocupaciones son las siguientes:

1. El régimen aplicado por la CE a las semillas oleaginosas es incompatible con el artículo III del GATT, en el que se consagra el principio del Trato Nacional. En razón de ese régimen, los elaboradores de la CE que comprenden semillas oleaginosas producidas en la CE, reciben una subvención o pago preferencial que no se concede con respecto del producto importado similar, proveniente de EE.UU.
2. Además, también se le da a los productores de semillas oleaginosas el pago de cuantiosas subvenciones, las cuales junto con los pagos preferenciales dados a los elaboradores, "constituyen prima facie un caso de anulación y menoscabo de las concesiones arancelarias otorgadas por la CE en 1962 de conformidad con el artículo II del Acuerdo General".<sup>11</sup>
3. "En tercer lugar las subvenciones a los productores y pagos preferenciales a los elaboradores han causado graves distorsiones en el mercado y un perjuicio considerable a las exportaciones estadounidenses a la CE. Hay, pues, prueba material de que las políticas comunitarias antes expuestas han anulado y menoscabado efectivamente las concesiones arancelarias otorgadas por la CE en 1962 de conformidad con el artículo II del Acuerdo General".<sup>12</sup>

Luego de analizar los argumentos presentados por los EE.UU., el consejo ministerial de la OMC acordó establecer un grupo especial

11 Informe del Grupo Especial adoptado el 25 de enero de 1990 (L/6627 - 37S/93) Comunidad Económica Europea-PRIMA y subvenciones abonadas a los elaboradores y a los productores de semillas oleaginosas y proteínas conexas destinadas a la alimentación animal Pág. 1.

12 *Ibidem*.

para que consultara el tema con las partes interesadas.

Para analizar cómo el Régimen comunitario para las semillas oleaginosas (el cual fue adoptado en septiembre de 1966 por medio del reglamento CEE 136/66) afectaba las exportaciones de EE.UU. a la CE, hay que tomar en cuenta el trato arancelario aplicado al producto objeto de la discusión, el cual consistía en que estaban exentos de impuestos arancelarios para ingresar al mercado comunitario las semillas oleaginosas de origen estadounidense.

El régimen comunitario, el cual ataca los EE.UU., se aplicó por diferentes razones, como el hecho de que deberían preverse las medidas adecuadas para corregir la situación en la cual se vería expuesto el mercado de la comunidad de semillas oleaginosas al desaparecer los obstáculos arancelarios, los cuales se eliminaron porque siempre ha existido una gran dependencia de suministros de estos productos de terceros países al no ser lo suficiente la producción en la CE.

Dentro de las medidas que consideró tomar la CE bajo su régimen era que así aumentara la competencia para los productores comunitarios de semillas oleaginosas al desaparecer los aranceles cobrados a estos productos, se debería garantizar a los productores de la comunidad ingresos justos, "cuyo nivel puede estar determinado en el caso de las semillas oleaginosas por un precio indicativo, representando la diferencia entre éste precio y los precios aceptables para el consumidor, la subvención que deberá concederse para lograr el objetivo deseado."<sup>13</sup>

"Las disposiciones establecidas en el reglamento 136/66, respecto a las semillas de nabo, girasol, y de colza consisten en un sistema de precios indicativos y de intervención, con una subvención pagadera con

respecto a las semillas oleaginosas cosechadas y elaboradas en la comunidad equivalente a la diferencia entre el precio estimado del mercado mundial y el precio indicativo (cuando este último precio sea superior al primero)".<sup>14</sup>

La subvención pagadera se otorga a la industria elaboradora cuando el precio indicativo es mayor al precio mundial, para así lograr compensar el costo adicional ocasionado por adquisición de semillas oleaginosas de producción comunitaria a un precio indicativo. Es decir que la subvención no se le otorga de manera directa al productor de la semilla, sino que se establece periódicamente un precio de intervención; es decir, el precio bajo el cual el agricultor comunitario va a vender sus semillas, el cual es un precio igual o superior al establecido en el mercado mundial, para así garantizar los ingresos justos, y en compensación al elaborador comunitario que compra la semilla producida en la CE, a un precio indicativo, es decir, mayor al de la semilla importada de EE.UU., recibirá la subvención pagadera.

Luego de ver cómo funcionan las medidas adoptados por la CE, encontramos los argumentos presentados por los EE.UU. y las posteriores respuestas presentadas por la CE.

En cuanto al trato nacional, EE.UU. alega que el régimen otorgado a las semillas oleaginosas otorga a las importadas de su país y de otros un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen comunitario. Consistente en subvenciones que se le dan a los compradores y elaboradores de las semillas oleaginosas cultivadas en la comunidad, por lo que se viola el artículo 4 del acuerdo general.

A lo anterior la CE sostuvo que la ayuda debería tomarse en el sentido del párrafo 8 del artículo III y como tal no sería una infracción

<sup>13</sup> *Ibidem*. Pág. 4.

<sup>14</sup> *Ibidem*. Pág. 5.



del artículo III en su conjunto, ya que de ser así, entonces no se podían emplear los derechos reconocidos en el artículo XV en lo concerniente a las subvenciones.

Los EE.UU. argumentaron que las subvenciones permitidas bajo el acuerdo general, sostenidas en el párrafo 8 del artículo III, en este caso no tienen lugar ya que estas no se están dando a los productores sino a los compradores de las semillas, como se dispone en la norma citada.

La CE argumentó que el trato nacional no indica que el trato que se le da a los productos extranjeros sea idéntico al dado a los nacionales, que lo que dispone es que no se conceda una ventaja al producto nacional cuando la situación de estos sean comparables, y es claro que la situación de los productos comunitarios y estadounidenses no son iguales, dado que estos últimos se producen con subvenciones dadas en su país de origen, escapando del control de la CE.

Además que si EE.UU. da subvenciones en la etapa ulterior a la comercialización, está interpretando el artículo III, como lo hace la CE. También afirmó que las subvenciones no eran más que ayudas a la producción de semillas oleaginosas, que se entregaban en la etapa ulterior a la comercialización, como lo hacían los EE.UU. Finalmente estableció que la ayuda dada a los elaboradores comunitarios no tenía efecto para dar preferencia a la compra de semillas comunitarias.

Entonces, si analizamos lo que la CE está argumentando sobre sus subvenciones, de que éstas no están causando infracción alguna a las disposiciones del GATT, en cuanto al trato nacional y a manera de aplicarse, se pensaría que la discusión terminaría allí. Pero los EE.UU., bajo la Acción de Reclamación sin Infracción pudo alegar que las medidas que no están generando una infracción, bajo lo argumentado por la CE, si están distorsionando la libre competencia, afectando en últimas las ventajas o beneficios que esperaba alcanzar EE.UU., con la eliminación de

aranceles a esta clase de productos, lo que generaba en últimas una desviación en el consumo de las semillas oleaginosas, haciendo en definitiva que los consumidores de estas, adquirieran únicamente o en su mayoría las de origen comunitario, ya que aunque estas eran de un precio mayor a las estadounidenses, igualmente la CE le otorgaría una subvención pagadera por adquirirlas.

Luego de semanas de análisis por parte del grupo especial, la recomendación dada al final por el panel de expertos, fue a favor de EE.UU., resultando vencida la otra potencia mundial, la cual es lo que es por sus políticas económicas; es decir, se recomendó levantar las medidas del régimen comunitario sobre las semillas oleaginosas, ya que estas ponían en desventaja a las producidas en EE.UU. frente a las comunitarias, haciendo que primara el consumo de las nacionales, y no las importadas, a pesar de que al eliminarse los aranceles estas llegaron a competir en mejores condiciones, lo que hizo que EE.UU. se hiciera una serie de expectativas, de ventajas, que tenían como sustento su gran capacidad productiva y la escasa en la CE.

Observando lo anterior, Colombia se encuentra en gran desventaja, por lo que esta acción no sería tan favorable, ya que, a diferencia de EE.UU., nuestro país jamás, en ningún acuerdo la ha empleado, al punto que ni dentro de su legislación es conocida. Además a simple vista podríamos pensar que como nuestra industria tecnológicamente no tiene comparación con la de EE.UU. en tiempo, calidad y precios, bajo esta acción estaría el gobierno nacional atado de manos para defender a su industria de las consecuencias adversas que traería el TLC, porque todo tiene su lado positivo y negativo.

Para entender un poco más, imaginemos lo que podría acontecer en el desarrollo del TLC EE.UU.-COLOMBIA, tomando como referencia las definiciones que se perciben de la Acción de Reclamación sin Infracción y el acaso ilustrado que convertirían a éste ins-

trumento jurídico en el plan B, al momento de hacer algún reclamo en el desarrollo del "gran acuerdo comercial".

Suponiendo que los EE.UU., bajo el argumento de que Colombia con la creación de subsidios para los productores nacionales de un determinado producto que el país del norte también produce, luego de entrar en vigencia el TLC, genera una disminución de la demanda de los bienes importados en Colombia, entonces, la primera arma que se emplearía es que el subsidio se encuentra mal establecido y que afecta principios como el trato nacional, pero en caso en que este argumento no funcione, se acude a la Acción de Reclamación sin Infracción, en la que a pesar de que la medida no contraría ninguna disposición, afecta las ventajas que se esperan obtener con el mejor acceso al mercado colombiano, lo que conduciría a que Colombia, si no logra demostrar que la acción no anula o menoscaba las ventajas esperadas, nuestro Estado tendría que tomar una de dos opciones, o levantar la medida y permitir que una industria nacional desaparezca al no poder defenderla de los inconvenientes que trae el entrar a desarrollar un acuerdo comercial, en el cual las barreras de acceso comercial empleadas para proteger desaparecen y para el cual no se encontraba preparada, como para algunos es la situación en la que se encuentra Colombia, o por el contrario, continuar con la vigencia de la medida, pero en compensación debe ampliar el acceso en otro sector económico, lo que al final, daría como resultado el afectar otro sector productivo, al terminar de hacer desaparecer las pocas medidas que aun protegen el acceso al mercado.

Pero no todo es oscuridad; de otro lado puede suceder lo contrario. EE.UU., un país que es experto en acuerdos comerciales que buscan que se disminuyan o eliminen las barreras al acceso comercial, sabe qué clase de medidas puede aplicar para así eludir sus obligaciones adquiridas con el TLC, protegiendo así su industria, sin generar infracción del acuerdo; pero bajo esta acción

Colombia podría argumentar que determinadas medidas proteccionistas tomadas por EE.UU. afectan lo que esperaba percibir nuestro país con el TLC, lo que nos favorecería, pero como ya dije, lograrlo es difícil ya que los de la experiencia son ellos y nosotros los aprendices.

Durante mucho tiempo las demandas dentro de la OMC, en las que se ha ejercido la acción de violación sin infracción, estuvieron supeditadas a casos relacionados con los subsidios otorgados por parte de un Estado dentro del desarrollo de un acuerdo comercial. Por ello a continuación se traerá a colación una síntesis de otro caso para ilustrar cómo se ha manejado esta acción.

Se suscitó entre los Estados de Francia y Canadá. En diciembre de 1996, el gobierno francés expidió una medida en la que estableció la prohibición de la producción y posterior comercialización de asbestos como una medida de salud pública. Canadá, quien producía este artículo, demandó la prohibición en las importaciones francesas, como una violación del Acuerdo de Barreras Técnicas al Comercio, porque bajo su concepto, la medida del Estado francés no estaba basada en estándares internacionales. Canadá también le pidió al panel conocer del asunto, considerar las medidas bajo la figura de no infracción, en caso de que el panel concluyese que no había ocurrido violación alguna.

Francia justificó la medida de prohibición a las importaciones bajo el artículo XX, literal b) del GATT, el cual permite las restricciones si son necesarias para proteger la salud humana, y solicitó al panel que rechazara la aplicabilidad de la infracción sin violación solicitada en subsidio por Canadá, ya que la medida en cuestión estaba sujeta a las reglas de la OMC.

El panel dictaminó que por parte de Francia sí había una violación, ya que generaba un trato discriminatorio, pero éste se encontraba justificado por el argumento de la salud pública. Pero lo que realmente se aportó con

este caso, y que es de nuestro interés, es que, "el panel rechazó el alegato de Francia de que los casos sin violación solo podían pertenecer a las medidas que no estaban bajo la OMC. Sin embargo, el panel rechazó la petición de Canadá de analizar el caso bajo la modalidad de no violación, argumentando que Canadá no había establecido que había sufrido una anulación o impedimento de no violación de un beneficio dentro del significado del artículo XXIII numeral 1, literal b), del GATT".<sup>15</sup>

Otro tema en el que la aplicación de la Acción de Reclamación sin Infracción ha generado gran expectativa es su desarrollo en materia de Propiedad Intelectual, ya que desde la entrada en vigencia de la OMC en el año de 1994, se ha interpuesto por parte de los miembros de dicha organización la Cláusula Moratoria, consistente en retrasar el cubrimiento de la Acción de Reclamación sin Infracción, para los conflictos relacionados con la Propiedad Intelectual, establecida bajo el artículo 64.2, que inicialmente consistió en no emplear la acción durante los primeros cinco años de la OMC, hasta enero del 2000, pero dicho término se ha venido ampliando.

Con base en lo anterior tuvo lugar uno de los puntos que más suscitó controversia durante la negociación del TLC, y fue la inclusión de la Acción de Reclamación sin Infracción en el capítulo de Propiedad Intelectual, por dos puntos. El primero es que la incorporación de la acción en el acuerdo comercial con los EE.UU., en materia de propiedad intelectual, va en contra de la posición argumentada por nuestro país en el Adpic, ya que desde el comienzo, Colombia sumado a lo manifestado por otras naciones no apoya el ejercicio de esta acción en esta materia, ya que la aplicación de este instrumento jurídico para defender intereses que se afecten en torno al desarrollo de relaciones que contienen estos derechos genera inseguridad jurídica.

La posición manejada por Colombia se debe a que la Acción de Reclamación sin Infracción se trasladó de manera intacta del GATT al Adpic, haciendo que el campo de acción sea muy amplio al no existir con claridad los límites de aplicación, afectando mecanismos como las **licencias obligatorias**, encontrando aquí el segundo punto controversial, y es que como es sabido a pesar de que existe el acuerdo de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, este tan solo establece una normatividad de protección mínima común, que deben respetar los integrantes de la gran organización, pero preservando cada uno su autonomía de terminar de regular estos derechos, autonomía que se plasma en el empleo de las licencias obligatorias.

Las licencias obligatorias consisten en que cada Estado puede disminuir el tiempo de duración de la explotación económica de derechos como las patentes, a cambio de una compensación económica, para de esa forma poder disponer de la invención de una manera más económica y rápida, para satisfacer necesidades que se presentan en materias como la salud pública y el medio ambiente, entre otros.

Pero el gran inconveniente, bajo mi percepción, radica con el principio de Nación Más Favorecida, que se encuentra consagrado en el Adpic, consistente en que los privilegios que se den entre algunos miembros del acuerdo por fuera de los decretados en éste, se deberán conceder a los demás miembros del Adpic; es decir, como Colombia en el TLC incluyó la Acción en el capítulo de la Propiedad intelectual, la cláusula moratoria que cobija esta acción en el Adpic se levantó para Colombia; es decir, que cualquier otro miembro bajo el principio de NMF puede denunciar a nuestro estado ante instancias internacionales por medidas que afectan las relaciones comerciales y en las que tenga protagonismo la propiedad intelectual, bajo la Acción de Reclamación sin Infracción.

15 Bernard M. Hoekman y Michel M. Kotesteci. Op. cit. Pág. 83.

Con lo anterior el problema es evidente, sobre todo cuando la acción en el Adpic no tiene regulación., es decir, tiene vacíos jurídicos, por lo que la interpretación que se dé de ésta será la de la economía más fuerte, lado del cual no estamos nosotros, en el caso del TLC con los EE.UU.

## CONCLUSIONES

Dando respuesta al problema de investigación plasmado al comienzo del artículo, y luego de analizar brevemente los dos casos expuestos, podemos concretar las siguientes conclusiones:

- La Acción de Reclamación sin Infracción es un gran mecanismo para lograr hacer respetar el acuerdo comercial como en este caso lo es el TLC. Pero lo hace más allá no solo logra respetar la integridad del texto, sino los fines, que motivaron a su celebración y que son la esencia, lo que motivó a sentarse a hacer la negociación, es la recompensa de meses de trabajo en el que se concreto la eliminación de obstáculos comerciales que protegen las economías nacionales.
- También se puede concluir que llegar a determinar definitivamente qué tan oscura pueda ser la existencia de la acción de reclamación sin infracción en el Tratado de libre comercio es un poco prematuro debido a que lo benefactora o perjudicial que sea esta acción depende del lado en que nos encontremos, además de la experiencia y del conocimiento que se tenga sobre ella, ya sea para imponerla o para defendernos.
- Hay que ver como positivo el hecho de que aun el TLC con Colombia no ha sido aprobado por el Congreso de los EE.UU., ya que durante este periodo de gracia, se empleará para analizar dos aspectos: el primero, los tratados que ya se encuentran en vigencia en la re-

gión, en especial en lo que respecta al ejercicio de la acción de reclamación sin infracción en caso en que se llegue a invocar por alguna de las partes, y en segundo lugar con mucho detalle ver a futuro cuáles serían las industrias colombianas que estarían más vulnerables a la entrada en vigencia del TLC, con base en las medidas que aplique el gobierno "americano" de manera unilateral para defender su industria y de esa manera tomar las medidas necesarias y correctas para proteger nuestra industria sin que estas sean objeto de análisis de la acción de queja, pero para ello hay que seguir estudiando los diferentes casos que se han presentado ante el sistema de solución de controversias de OMC, tanto en los que la acción prosperó y en las que no, para así tener las herramientas necesarias y argumentar si esta acción, en verdad, es la piedra en el zapato en el desarrollo del TLC, y en caso de ser así, establecer cómo debemos actuar para lograr sacar el mayor provecho de este acuerdo comercial que a pesar de lo anterior es necesario para obligar a los empresarios colombianos a ser realmente competitivos.

## BIBLIOGRAFÍA

- CONDON, Bradly J.; *El Derecho de la Organización Mundial del Comercio: Tratados, Jurisprudencia y Prácticas*. 2007, pág. 343.
- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. México: Universidad de México, 2001, pág. 27.
- GALVÁN, Juana y AYALA, Gustavo; *Acuerdos de Libre Comercio de los Países Centroamericanos*, 2004, pág. 428.
- HOEKMAN, Bernard M. y KOTESTECKI, Michel M. ; *The political Economy of the world Trading System; The WTO and Beyond*; Oxford: Oxford University Press, 1995.

INFORME del grupo especial adoptado el 25 de enero de 1990 (1/6627 - 37s/93) Comunidad Económica Europea-PRIMA y subvenciones abonadas a los elaboradores y a los productores de semillas oleaginosas y proteínas conexas destinadas a la alimentación animal.

INSTITUTE FOR LATIN AMERICAN INTEGRATION; *El GATT y la Regulación del Comercio Internacional de Productos Básicos*. Universidad de California, 2008, pág. 100.

LACARTE, Julio y GRANADA, Jaime. *Solución de Controversias Comerciales Intergubernamentales: enfoques multilaterales y regionales*; 2004.

MAZUERA GÓMEZ, Daniel. *Colombia ante la Organización Mundial de Comercio*. Universidad de Texas; Fundación Friedrich Ebert de Colombia; 1995. Pág. 149.

PIÉROLA CASTRO, Fernando. *Solución de Diferencias en la Organización Mundial del co-*

*mercio*. Pontificia Universidad Católica de Perú; Instituto de Estudios Internacionales, 2002, pág. 61.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Informe Final de la Procuraduría sobre las negociaciones del TLC con los Estados Unidos*. 2006, pág. 97.

ROJAS ARROYO, Santiago y LLOREDA P., M. Eugenia; *¿TLC? Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio; Solución de Controversias*; Bogotá D.C., 2007.

SÁEZ, Sebastián. *Estrategia y Negociación en el Sistema Multilateral de Comercio: Economía Internacional Aplicada*; Universidad de Texas, 1999, pág. 348.

UNCTAD-ICTSD (International Center for Trade and Sustainable Development). *Book on Trips and Development*. Cambridge: Cambridge University, 2005.



