

# **LAS DIFICULTADES PARA LA IMPLANTACIÓN DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN SIN INFRACCIÓN EN EL ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS INTELECTUALES RELACIONADOS CON EL COMERCIO, ADPIC \***

María Elena Grueso Rodríguez\*\*  
*Corporación Universitaria Republicana*

## **RESUMEN**

El presente artículo es el resultado de una investigación que tiene por objetivo el determinar las problemáticas que se presentan en la implementación de los tratados internacionales en materia de comercio. En particular, el texto trata de las dificultades que ha encontrado el Acuerdo sobre Los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio – ADPIC, en lo que respecta a la aplicación de la Acción de Reclamación sin Infracción, como mecanismo empleado para hacer valer las expectativas que surgen de la titularidad de derechos que en materia de propiedad intelectual relacionada con el comercio se presentan y que se pueden ver vulnerados por medidas adoptadas por otros Estados miembros de la Organización Mundial del Comercio - OMC.

En este sentido, mediante una investigación jurídica, en la cual se utilizó el método

inductivo analítico, se compararon las distintas perspectivas internacionales, haciendo énfasis en la posición colombiana al respecto, con el fin de tener una visión completa de las dificultades de aplicación y la real pertinencia de la aplicación inmediata de los mecanismos de la acción de reclamación para la solución de controversias, dentro del acuerdo referente a los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC).

**Palabras clave:** mecanismos de solución de controversias, derecho de propiedad intelectual, comercio, marco legal.

## **ABSTRACT**

This article is the result of an investigation that aims to determine the problems that arise in the implementation of international treaties on trade, in particular, the text deals

Fecha de recepción: 14 de septiembre de 2009. Fecha de aceptación: 23 de octubre de 2009.

\* Este artículo es producto del proyecto de investigación terminado “Mecanismos de solución de controversias en el marco del acuerdo sobre los aspectos intelectuales relacionados con el comercio (ADPIC)” 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 Investigadora, Corporación Universitaria Republicana, Grupo de Investigación Económico. Abogada de la Universidad Sergio Arboleda, con especialización en Derecho Comercial y Derecho Financiero de la Universidad del Rosario y candidata a Maestra en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo electrónico megrueso@hotmail.com.co

with the difficulties encountered by the Agreement on Aspects of Intellectual Property Rights Trade-Related - AIPRT, in relation to the implementation of the Action without Infringement Claim as a mechanism to enforce employee expectations arising from the ownership of rights to intellectual property related to trade are presented and you can see infringed by measures taken by other Member States of the World Trade Organization - WTO.

In this regard, by legal research, which was used analytic inductive method, we compared the different international perspectives, with emphasis on Colombia's position in this regard, in order to obtain a complete picture of the difficulties of implementation and real relevance of the immediate implementation of the mechanisms of action of claim for settlement of disputes under the agreement relating to aspects of intellectual property rights related to trade (TRIPS).

**Key words:** controversy resolving mechanisms, intellectual property rights, trade, legal frame.

## PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Es pertinente el mecanismo de la acción de reclamación para la solución de controversias dentro del acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC)?

## METODOLOGÍA

Se trata de una investigación jurídica, con un método inductivo analítico. La metodología de investigación siguió un procedimiento de recolección, análisis y comparación a fin de obtener los resultados que aquí se presentan. La investigación se fundamenta en el abordaje de fuentes directas respecto de los pronunciamientos del mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial

del Comercio, en adelante la OMC, al igual que en el análisis de lo expuesto por el Consejo del ADPIC en sus distintas rondas. Igualmente se hizo consulta a fuentes indirectas, referencias puntuales que se encuentran en publicaciones sobre los organismos e instituciones de comercio internacional, y a fuentes bibliográficas que sobre el tema se han escrito por diferentes autores nacionales y extranjeros.

Una vez recopilada la información, el Grupo continuó con el análisis de la misma, de lo cual surgen los resultados que a continuación se presentan.

## INTRODUCCIÓN

La propiedad intelectual, en los últimos años, ha adquirido una mayor importancia en el sector industrial debido a que concede una serie de derechos a los creadores de invenciones, como lo son el derecho de explotación exclusiva o la negociación del traslado de conocimientos, entre otros, los cuales incentivan a la creación de más bienes o servicios, al ser tomados los derechos que otorga la propiedad industrial como compensación por el trabajo que se tomó para el desarrollo de las invenciones, trayendo como consecuencia la evolución de este sector, indispensable para alcanzar el desarrollo económico de una sociedad, ya que al ser mayor y mejor la oferta de creaciones se puede hacer parte de la figura del comercio internacional.

Como la acción de reclamación sin infracción es uno de los mecanismos establecidos para brindar una protección a los derechos derivados de la propiedad intelectual, con base en el ADPIC, es necesario saber cómo funciona esta acción, a pesar de que aún no se encuentra en vigencia, para saber qué es más conveniente para el estado colombiano, y así tomar una posición sensata frente al futuro de la acción, si es mejor que definitivamente no entre a regir, o que, por el contrario, es necesaria su aplicación para

lograr defender los derechos del inventor, en casos en los cuales las acciones tradicionales no son suficientes, trayendo consigo la pérdida, ya sea del valor agregado obtenido por la creación, o la percepción de un pago equitativo por el empleo de la innovación, por parte de terceros.

## RESULTADOS

### 1. Procedencia de la adopción de la acción de reclamación sin infracción en el ADPIC

La propiedad intelectual es toda aquella “idea, invención, expresión creativa o información, que tiene un valor comercial, que se reconoce y protege en virtud de un ejercicio exclusivo del derecho de propiedad sobre invenciones y expresiones.”<sup>1</sup>

Esta clase de derechos “son aquellos que se confieren a las personas sobre las creaciones de su mente. Suelen dar al creador derechos exclusivos sobre la utilización de su obra por un plazo determinado.”<sup>2</sup>

Estos derechos derivados de la propiedad intelectual otorgan ventajas competitivas en los procesos productivos del país en el cual tienen origen, por lo que es evidente que los demás Estados diferentes al titular del derecho busquen sacar provecho de dichas ventajas para mejorar la producción de sus bienes o servicios y ser, de esta manera, más competitivos en el mercado internacional.

Durante mucho tiempo el empleo de tales innovaciones por parte de terceros, no se podía llevar a cabo, ya que para ello era necesario un intercambio de conocimientos, que como consecuencia de las diferencias

presentes en cuanto a la protección brindada por la legislación de cada Estado en propiedad intelectual, no se lograba materializar, obstruyendo así, las relaciones comerciales, que surgiese en virtud a estas ventajas, por temor a violar los derechos intelectuales del titular.

Lo anterior fue la tendencia que se vivió desde la convención de Berna, en la que se dio origen al BIRPI (*Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle*), hoy día conocido como la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), hasta 1986 en que comenzó la negociación de un acuerdo, en el que por primera vez se daba la incorporación de las normas de propiedad intelectual al sistema multilateral de comercio, que se concretó en la ronda de Uruguay de 1994.

El referido Acuerdo se encuentra dentro de la legislación de la OMC (Organización Mundial de Comercio), en el anexo 1C, conocido como ADPIC, el cual regula los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.

El ADPIC se encuentra compuesto de tres elementos. El primero consiste en una parte normativa, que establece normas mínimas de protección que ha de tener que cumplir obligatoriamente cada miembro del acuerdo. Dentro de esta normatividad, se exige el cumplimiento de diferentes acuerdos de la OMPI, como lo son el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial y el Convenio de Berna que busca la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

El segundo elemento lo integran los diferentes procedimientos y recursos civiles y ad-

1 Organización Mundial del Comercio – El acuerdo de la OMC sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio, disponible en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/trips\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/trips_s.htm), consultado el 25 de julio de 2009.

2 Organización Mundial del Comercio – ¿Qué se entiende por derechos de propiedad intelectual?, disponible en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/intel1\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/intel1_s.htm), consultado el 25 de julio de 2009.

ministrativos, que permitan que el titular del derecho pueda efectivamente hacerlos valer. Y el último elemento es el relacionado con la solución de diferencias, en el que se establece que éstas se regirán por las disposiciones establecidas en el capítulo relativo a este tema, en la normatividad de la OMC.

### 1.1 La Acción de Reclamación sin Infracción en el ADPIC

Dentro de las herramientas que constituyen los mecanismos de solución de diferencias del ADPIC, se encuentra la **Acción de Reclamación sin Infracción**, la cual se originó en el GATT (Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles).

Situándonos en el GATT, el significado de la acción de reclamación sin infracción, bajo el contexto de este acuerdo, consistió en una acción que: *es ejercida para defender los beneficios esperados por una de las partes que integran un acuerdo comercial internacional, y que su alcance se ve obstaculizado con ocasión de la introducción por parte del otro miembro de una medida en su legislación nacional, que sin contrariar el convenio, genera esta clase de efectos secundarios, impidiendo el buen desempeño del tratado.*

En otras palabras, con la acción de reclamación sin infracción la parte perjudicada puede tener acceso a los mecanismos de solución de controversias, cuando es de su opinión que un beneficio acumulativo a ella bajo acuerdos comerciales, está siendo anulado o afectado como consecuencia de la aplicación por parte de un miembro, de alguna medida comercial que bien o mal entra en conflicto con lo previsto en el acuerdo. Para ejercer esta acción de queja, de no violación, no es necesario evidenciar una violación o infracción de las normas de la OMC, pero el reclamador al final tiene la obligación de demostrar que se ha presentado un incumplimiento o una desigualdad de beneficios, que puede provenir de una medida comercial o de una omisión.

Lo anterior permite argumentar que la acción de reclamación sin infracción es la úni-

ca medida que puede someter a discusión actuaciones de las partes integrantes de un acuerdo, que bajo otros mecanismos de defensa no tendrían sanción, ya que, objetivamente, dichos actos no atentarían contra lo establecido en el tratado, pero que, realizando un análisis minucioso, se concluiría que la continuidad de estos afectaría los beneficios esperados, los cuales impulsaron a la celebración del acuerdo, lo que daría lugar a que el integrante afectado lo diera por culminado de manera unilateral.

Este significado de la acción de reclamación sin infracción determina que dicho recurso fue creado para hacer valer los intereses que se llegasen a ver afectados en un intercambio comercial, los cuales surgieron como consecuencia del aumento en el acceso a un mercado extranjero, al presentarse la reducción de los obstáculos arancelarios, como el principal fin del GATT. Fin que difiere del objetivo buscado por el ADPIC, que consiste en el permitir una mayor protección a los derechos de propiedad intelectual.

Esta diferencia es lo que genera la controversia, en cuanto a que el concepto de los elementos que integran la acción de reclamación sin infracción en el GATT, como lo son las medidas, ventajas, relación competitiva, no se pueden llevar a aplicar de manera automática al ADPIC, como es lo pretendido por el acuerdo, ya que la percepción de los elementos de la acción para poder ser desarrollada en el GATT, no encaja con el objeto del acuerdo de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.

En lo anterior radica el objeto de investigación, que ha sido la causa de diversas discusiones, desde el momento en que entró en vigencia el ADPIC, ya que no existe claridad en cuanto al modo de operar de esta acción en materia de propiedad intelectual, como en qué casos tendría lugar, como se debería ejercer; entre otros aspectos, debido a que si se piensa aplicar la acción de reclamación sin infracción, al pie de la letra de cómo se

encuentra contenida en el GATT, existen muchos vacíos, generando inseguridad jurídica al momento de actuar por parte de cada país, en especial en lo que se refiere al empleo de las flexibilidades que las normas en esta materia permiten ejercer a los estados en determinadas circunstancias.

## 1.2 Conveniencia de la acción de reclamación sin infracción

La controversia sobre la acción de reclamación sin infracción, en el ADPIC, tiene múltiples causas. La primera de ellas es en relación con las ventajas que se esperan alcanzar en virtud del acuerdo, como lo hace conocer Korea en su documento de trabajo (JOB(00)/6166), en el cual señala que la dificultad de aplicar el concepto de reclamaciones no basadas en una infracción en el contexto de los ADPIC queda quizás más claramente de manifiesto cuando se examinan las ventajas que los Miembros pueden razonablemente esperar como resultado del Acuerdo; además agrega en la última frase del párrafo 10 “que para garantizar la coherencia jurídica y la previsibilidad, es esencial que exista un entendimiento entre los Miembros de la OMC en cuanto al significado del concepto de ‘ventaja’ en el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC”.

Analizando el término ventaja, en materia de propiedad intelectual, se podría llegar a percibir a primera vista que las ventajas que se pretenden materializar con el ADPIC, haciendo analogía con las ventajas del GATT, ya que lo que siempre se ha dicho por parte de algunos países como EE.UU. es que la acción de reclamación sin infracción se debe aplicar de la misma forma en que opera en Acuerdo General del Comercio y Aranceles, pero dirigido a los derechos de la propiedad intelectual, entonces serían las ventajas aquellas que esperan obtener los titulares de los derechos, es decir, los particulares, que por su naturaleza son las que más se parecen a las del GATT, más concretamente la explotación económica de las patentes.

Lo anterior se establece en cuanto que el resultado final es la percepción de mayores ingresos al tener una protección similar de sus patentes en diferentes países miembros del ADPIC, que les permite negociar y exigir por su explotación una remuneración por parte de terceros que quieren hacer uso de sus productos o procedimientos patentados, ganancia similar a la que perciben los países que integran el GATT, acuerdo en el cual se origina la acción en estudio, como lo es el aumento de sus ingresos al incrementarse sus exportaciones en virtud de la disminución de barreras al comercio que busca el mencionado acuerdo comercial.

Si las ventajas son las de los particulares de la manera en que se vislumbró anteriormente, se presentarían varios inconvenientes como lo deja ver Perú en su documento (IP/C/W/385), en el cual indica que si las ventajas que son objeto de protección bajo la acción de reclamación sin infracción son las de los particulares se acabaría con el equilibrio de derechos y obligaciones en el Acuerdo sobre los ADPIC. Ello tendría lugar, ya que habría un aumento de los derechos privados, más allá de lo negociado, generando a su vez mayores obligaciones a los miembros que como consecuencia afectaría el uso de la flexibilidad inherente al Acuerdo sobre los ADPIC para asegurar el logro de objetivos de política legítimos tales como la protección y promoción de la salud pública y la nutrición, la protección del medio ambiente y la biodiversidad, el fomento de la transferencia de tecnología y otros asuntos de interés público en sectores de importancia vital para el desarrollo socioeconómico y tecnológico.

La flexibilidad jurídica que es inherente a los ADPIC, y que es defendida en los argumentos de Perú, se desarrolla especialmente en el área de la salud a través de la figura de las licencias obligatorias. Con esta figura jurídica sería con la que concretamente se enfrentaría la acción de reclamación sin infracción, asumiendo que son las ventajas de los particulares, por las cuales la acción se ejercería dentro del ADPIC.

Esto conllevaría a establecer que la acción de queja, bajo esta interpretación, del elemento ventaja, consistiría entonces en que el titular de una patente se dirige a su estado, para que este lo represente en el caso en que otro estado, en donde se ha concedido la patente, obstaculiza los beneficios que espera obtener a través de su invención con el empleo de medidas que no violan norma alguna, como aquellas que se establecen bajo el empleo de las licencias obligatorias, que permiten autorizar la explotación de la invención, por parte de un estado, sin previa autorización del titular de la patente, pero realizando un pago que no necesariamente hace un reconocimiento pleno de los beneficios esperados por el inventor, que fue parte de lo que lo impulsó a la invención.

Al entrar en vigencia la acción de reclamación sin infracción, bajo esta interpretación de las ventajas, que es una de principales dudas que le surgen a los miembros del acuerdo, y tomando en cuenta la manera en que se encuentra contemplada esta acción en el ADPIC, sin una regulación específica, se verían afectadas las licencias obligatorias, debido a que, al momento de aplicarse esta figura, se correría con el riesgo por parte del estado emisor de la licencia, de ser acusado de menoscabar los intereses del titular de la patente, y por ende a hacer un reconocimiento de ellos. Aquí es donde se centra el gran desacuerdo entre los diferentes miembros del ADPIC, y es que mientras algunos defienden que lo que debe primar son los intereses sociales de la humanidad, otros afirman que no se debe pasar por alto el reconocimiento pleno de los intereses del inventor.

Para entender la controversia, primero hay que determinar qué es una licencia obligatoria.

“Por licencias obligatorias se entiende el permiso que da un gobierno para pro-

ducir un producto patentado o utilizar un procedimiento patentado sin el consentimiento del titular de la patente.

Se trata de una de las flexibilidades que permite en lo que respecta a la protección de las patentes, el Acuerdo de la OMC sobre Propiedad Intelectual, a saber, el Acuerdo sobre los ADPIC (Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio)”<sup>3</sup>

Las licencias obligatorias son consideradas, en especial, por los países desarrollados y los titulares de patentes su principal obstáculo para alcanzar los beneficios esperados al momento de patentar un invento.

Las licencias obligatorias en materia de propiedad intelectual tienen lugar en el área de los medicamentos; esto se concretó, en la Declaración Ministerial de Doha en el 2001, en lo relativo al ADPIC y a la Salud Pública.

La Declaración de Doha, en lo que corresponde al tema de la salud pública, aclaró las dudas que surgían alrededor de las flexibilidades que plasmó inicialmente el ADPIC, para ser empleados por los países menos adelantados y los países sin capacidad de producción.

Según la regla anterior, se estableció que las licencias obligatorias se daban de manera general, para que los países, bajo el argumento del interés público, pudieran producir un medicamento patentado, como copia genérica pero solo para abastecer el mercado interno; pero ello no equivalía a que se diera una violación de la patente, sino que, por el contrario, esta se seguía reconociendo, teniendo el titular de la patente derecho sobre esta y percibiendo un pago de regalías por las copias producidas bajo las licencias obligatorias.

3 Organización Mundial del Comercio - Licencias obligatorias de productos farmacéuticos y ADPIC, disponible en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/public\\_health\\_faq\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/public_health_faq_s.htm), consultado el 15 de septiembre de 2009.

También se dejó claro en la declaración ministerial de la Doha, que cada país es libre de establecer en qué casos tiene lugar la aplicación de licencias obligatorias.

“El Acuerdo sobre los ADPIC establece en su artículo 31 una serie de condiciones para emitir licencias obligatorias. En particular:

- Normalmente, la persona o la empresa que solicite una licencia tiene que haber intentado previamente negociar, en términos comerciales razonables, una licencia voluntaria con el titular de la patente. Sólo si ello no es posible puede emitirse una licencia obligatoria.
- Aunque se haya emitido una licencia obligatoria, el titular de la patente tiene que recibir una remuneración; el Acuerdo sobre los ADPIC establece que ‘el titular de los derechos recibirá una remuneración adecuada según las circunstancias propias de cada caso, habida cuenta del valor económico de la autorización’, pero no define lo que se entiende por ‘remuneración adecuada’ o ‘valor económico’.

Además, las licencias obligatorias deben cumplir algunos requisitos adicionales: no pueden otorgarse en exclusiva a los licenciarios (es decir, el titular de la patente puede continuar la producción), y deben estar sujetas a revisión judicial en el país de que se trate.”<sup>4</sup>

En casos en que nos encontremos ante una emergencia nacional, otras circunstancias de extrema urgencia o en los casos de uso público no comercial, no se es obligatorio, intentar negociar una licencia voluntaria como se estableció en el párrafo 1 del artículo 31 de los ADPIC; pero así esta no se dé, hay que remunerar al titular de la patente.

La remuneración debe ser establecida por el país en el cual se está haciendo la reproducción de los medicamentos bajo las licencias obligatorias.

Siendo ello también uno de los inconvenientes que se presentan con esta flexibilidad jurídica, ya que, a primera vista, si se le da un reconocimiento al titular por cada copia, este no tendría cómo argumentar que sus intereses se están infringiendo, y con base en ello poder acceder a la acción de reclamación sin infracción. Pero resulta que la remuneración la determina el estado que aprobó la licencia obligatoria, es el que decide qué remuneración es la adecuada para el titular de la patente; pero ello no indica que necesariamente esa sea la que espera a percibir el inventor, y es donde también puede entrar a emplearse la acción de reclamación sin infracción, para que el inventor exija una remuneración que se identifique con los intereses que siempre esperó alcanzar al momento de patentar su invento o método.

En el 2003, se modificó el literal f) del artículo 31 de los ADPIC, en el sentido de que las licencias obligatorias ya no sólo serían para producir y abastecer su mercado interno, sino que se podrían exportar estos bienes a países que no tienen la capacidad de producirlos, y así estos adquirirlos a precios bajos. Vale agregar que en los países menos adelantados que carecen de capacidad productiva pueden realizar la importación de un medicamento que tenga patente en ese país, bajo licencia obligatoria de importación.

Países como Australia se apartan del concepto de *ventaja*, ya mencionado como el propio de los particulares titulares de las patentes, al señalar en la sección c de su documento (IP/C/W/212) que “*las ventajas derivadas de las normas del Acuerdo sobre los ADPIC deben ser las que resultan para los Miembros de la OMC,*

4 Organización Mundial de Comercio, - Licencias obligatorias de productos farmacéutica, disponible en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/public\\_health\\_faq\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/public_health_faq_s.htm), consultado el 15 de septiembre de 2009.

*y no deben mezclarse con los intereses de los particulares en la explotación de los derechos de propiedad intelectual de que son titulares.”*<sup>5</sup>

Es decir, que el requisito *ventaja*, que debe ser vulnerado para que tenga cabida la acción, está relacionado con las ventajas derivadas del Acuerdo para los Miembros; esto es, la posibilidad de que sus nacionales **adquieran, mantengan y observen** los derechos de propiedad intelectual en *los territorios de otros Miembros*, y no tiene que ver con las ventajas que se obtengan de manera directa del aprovechamiento comercial de los derechos que están en cabeza del titular.

A esta definición de *ventaja* se le agrega la dada por el representante de Canadá en la sesión del Consejo de los ADPIC, en el documento (IP/CM/30) del 1 de junio del 2001, en el que señaló que “la ventaja que confiere el Acuerdo sobre los ADPIC es la capacidad de adquirir, mantener y ejercer los derechos de propiedad intelectual, y no se aplica automáticamente a la explotación de esos derechos.”<sup>6</sup>

Si bajo consenso de los miembros de los ADPIC, el anterior es el contenido que se le ha de otorgar a las ventajas que se derivarían de este acuerdo, no cabría aplicar la analogía con el GATT, como mecanismo regulador de la acción de reclamación sin infracción en materia de propiedad intelectual, dando lugar a vacíos jurídicos que exigirían el establecimiento de una regulación de la acción propia para el acuerdo en estudio.

Ello debido a que las ventajas esperadas en cada acuerdo son diferentes en cuanto al origen que tienen estas; mientras que en el GATT, estas surgen al momento en que *se renuncia* a la aplicación de un arancel, lo cual es una ventaja para el otro miembro al momento de entrar a un mercado externo, es diferente al origen de las ventajas en el ADPIC, en el que las ganancias se obtienen con *el reconocimiento* de derechos de propiedad intelectual de sus nacionales en otros países.

Esta diferencia en el origen de las ventajas conduce a que la acción tal y como se encuentra establecida en el GATT, no tendría lugar en el ADPIC, ya que lo que busca es proteger intereses de naturaleza distinta a los que consagra el acuerdo de los derechos de la propiedad intelectual en el comercio.

El problema que aquí se plantea, según se expone detalladamente en el documento (IP/C/W/191) que Hungría presentó conjuntamente con Brasil, Canadá, las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, la República Checa y Turquía, reside en que se limitan las reclamaciones no basadas en una infracción a las vinculadas con ventajas resultantes de compromisos específicos contraídos por los Miembros.

A lo anterior se le suma que la acción exige que las ventajas que esperan alcanzar bajo el acuerdo, en este caso en el ADPIC, se vean vulneradas por una medida no previsible al momento de celebrarse el tratado, si se aplica en este momento la acción de reclamación sin infracción, como lo requiere EE.UU.; tam-

5 Welcome to documents online, Trade Related Aspect of intellectual property right (TRIPS), disponible en: [http://docsonline.wto.org/GEN\\_highLightParent.asp?qu=%28+%40meta%5FSymbol+IP%FC%FCM%FC%2A%29+&doc=D%3A%2FDDFDDOCUMENTS%2FV%2FIP%2FC%2FM29%2EDOC%2EHTM&curdoc=16&popTitle=IP%2FC%2FM%2F29](http://docsonline.wto.org/GEN_highLightParent.asp?qu=%28+%40meta%5FSymbol+IP%FC%FCM%FC%2A%29+&doc=D%3A%2FDDFDDOCUMENTS%2FV%2FIP%2FC%2FM29%2EDOC%2EHTM&curdoc=16&popTitle=IP%2FC%2FM%2F29), consultado el 12 de agosto de 2009.

6 Organización Mundial del Comercio. Notificaciones previstas en las disposiciones del Acuerdo 1-7-2, disponible en: [http://docsonline.wto.org/GEN\\_highLightParent.asp?qu=%28+%40meta%5FSymbol+IP%FC%FCM%FC%2A%29+&doc=D%3A%2FDDFDDOCUMENTS%2FV%2FIP%2FC%2FM30%2EDOC%2EHTM&curdoc=13&popTitle=IP%2FC%2FM%2F30](http://docsonline.wto.org/GEN_highLightParent.asp?qu=%28+%40meta%5FSymbol+IP%FC%FCM%FC%2A%29+&doc=D%3A%2FDDFDDOCUMENTS%2FV%2FIP%2FC%2FM30%2EDOC%2EHTM&curdoc=13&popTitle=IP%2FC%2FM%2F30), consultado el 24 de junio de 2009.

poco tendría éxito este recurso, ya que, como no se tiene certeza de cuáles son las ventajas, si la de los países miembros o la de los particulares, en caso en que un particular vea obstruidas sus ganancias en virtud de una licencia obligatoria, no podría aplicar la acción, debido a que estas son previsibles desde el comienzo, ya que hacen parte de las flexibilidades que tiene un estado miembro.

La acción de reclamación sin infracción busca la aplicación de una medida reparadora que, como bien lo dice su nombre, tiene como fin esencial el restablecimiento de las ventajas que se han visto anuladas; pero para poder determinar cuál es la medida reparadora, primero hay que tener claridad en dos conceptos que influyen directamente en ella, y es el concepto de ventaja, y el de nulidad y menoscabo, ya que hay que saber qué es lo que se deja de percibir y por causa de qué, pues, como lo indica Australia en una de las reuniones del Consejo del ADPIC (IP/C/W/212), “el reconocimiento de que el Acuerdo sobre los ADPIC no es un acuerdo de acceso a los mercados, sino un acuerdo que establece normas mínimas para la protección de los derechos de propiedad intelectual, tiene repercusiones importantes para el concepto de “ventajas” y la expresión “nulidad o menoscabo”, ambos elementos centrales para determinar el alcance y las modalidades de la medida reparadora relativa a las reclamaciones sin infracción.”<sup>7</sup>

Además Australia señala que se debe prestar especial atención a que la medida reparadora relativa a las reclamaciones sin infracción no se aplique de manera incompatible con los principios y objetivos del Acuerdo sobre los ADPIC; es decir, que la

medida reparadora no afecte los objetivos que se plasmaron en el artículo 7 del acuerdo como lo son la transferencia y difusión de tecnología que favorecen el bienestar social y económico, y menos que tal medida llegue a aumentar las obligaciones acordadas por los miembros durante las negociaciones del ADPIC, o con los principios que están en el artículo 8 del mismo, o sea, que obstaculice la posibilidad de legislar en su país la materia de propiedad intelectual, de la manera necesaria para cumplir fines como lo es la protección de la salud pública y la nutrición de la población, entre otros.

Dentro de las actas de las diferentes reuniones del consejo del ADPIC, se encuentra una duda más en relación con la acción de reclamación sin infracción, y es la expresada por parte de Canadá, presentada en febrero de 1999, en una comunicación oficial (IP/C/W/249), consistente en que si las resoluciones o decisiones de los tribunales o las acciones de las autoridades encargadas de ejecutar la ley pueden ser objeto de una acción de reclamación sin infracción, ya que de ser así, ello traería consecuencias demasiado trascendentes, porque bajo su percepción “las resoluciones o decisiones judiciales no pueden ser consideradas como medidas gubernamentales sujetas al procedimiento de solución de diferencias de la OMC, pues se adoptan independientemente y de conformidad con las leyes nacionales únicamente. No cabe, entonces, creer que esas resoluciones o decisiones del poder judicial estén sujetas a la solución de diferencias, a no ser que vayan seguidas de medidas gubernamentales como la enmienda de las correspondientes leyes o reglamentos.”<sup>8</sup>

7 Organización Mundial del Comercio – Consejo de los Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, disponible en: [http://docsonline.wto.org/GEN\\_highLightParent.asp?qu=%28+%40meta%5FSymbol+IP%FCC%FCM%FC%2A%29+&doc=D%3A%2FDDFDDOCUMENTS%2FV%2FIP%2FC%2FM30%2EDOC%2EHTM&curdoc=13&popTitle=IP%2FC%2FM%2F30](http://docsonline.wto.org/GEN_highLightParent.asp?qu=%28+%40meta%5FSymbol+IP%FCC%FCM%FC%2A%29+&doc=D%3A%2FDDFDDOCUMENTS%2FV%2FIP%2FC%2FM30%2EDOC%2EHTM&curdoc=13&popTitle=IP%2FC%2FM%2F30), consultado el 25 de marzo de 2009.

8 Organización Mundial del Comercio – Consejo de los Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, disponible en [http://docsonline.wto.org/GEN\\_highLightParent.asp?qu=%28+%40meta%5FSymbol+IP%FCC%FCM%FC%2A%29+&doc=D%3A%2FDDFDDOCUMENTS%2FV%2FIP%2FC%2FM32%2EDOC%2EHTM&curdoc=7&popTitle=IP%2FC%2FM%2F32](http://docsonline.wto.org/GEN_highLightParent.asp?qu=%28+%40meta%5FSymbol+IP%FCC%FCM%FC%2A%29+&doc=D%3A%2FDDFDDOCUMENTS%2FV%2FIP%2FC%2FM32%2EDOC%2EHTM&curdoc=7&popTitle=IP%2FC%2FM%2F32), consultado el 25 de marzo de 2009.

Un último inconveniente que se plantea es el manifestado por el representante de Malasia en nombre de los países de la ASEAN (IP/C/W/349), consistente en que como se sabe el Acuerdo sobre los ADPIC es un acuerdo sobre normas mínimas que trata de conseguir un equilibrio entre los derechos y obligaciones necesarios para conseguir los objetivos de promover el comercio internacional y la innovación tecnológica y el de tratar de atender el interés público con la protección de los derechos privados de propiedad intelectual.

Según la ASEAN la introducción del concepto reclamaciones en casos de no infracción y de otra situación elevaría aún más la tensión entre ambos conjuntos de derechos. Se podría plantear cualquiera de esas reclamaciones, en función del lado en que uno estuviera. Ambos lados podrían, al parecer, tener razones para formularlas.

Un ejemplo de lo anterior sería que una parte podría plantear una reclamación por menoscabo de una ventaja debido a una protección ineficaz en materia de observancia. Del mismo modo, la otra parte podría presentar el cargo o la reclamación de que determinadas medidas compatibles con el Acuerdo sobre los ADPIC no habían tenido por efecto la transferencia de tecnología o habían impedido la aplicación de objetivos de política pública. Cualquier reclamación de esa índole puede desatar una interminable cadena de acusaciones y contraacusaciones.

Todos los conceptos anteriores, el de ventaja, la flexibilidad jurídica a través de las licencias obligatorias, la medida reparadora, entre otros conceptos, generaron la inseguridad jurídica, que condujo a la aplicación por parte del Consejo de los ADPIC, de la cláusula moratoria sobre la acción de reclamación sin infracción, con el único fin de que durante el periodo en que durase en vigencia la cláusula, el máximo órgano del acuerdo examinaría el alcance y las modalidades en que podrían llegar a tener lugar las reclamaciones por parte de un país, en casos en

que se presentase menoscabo de derechos de propiedad intelectual.

Dicha cláusula debió expirar automáticamente el primero de enero del 2000, pero al presentarse la oposición de diferentes miembros de la OMC, en cuanto la entrada en vigencia de la acción, este plazo se postergó hasta la Ronda de Doha.

La Ronda de Doha comenzó a fines del 2001; en ella, aparte de establecerse la manera en que operan las licencias obligatorias, se debatió sobre la cláusula moratoria, pero no se alcanzó el consenso necesario entre los países miembros, en cuanto al destino que tendrá la acción de reclamación sin infracción, por lo que la Ronda de Doha aún se encuentra en desarrollo, y en la que se continúa con el análisis del tema, por parte del Consejo de los ADPIC.

Terminado el encuentro, se fijó un plazo para seguir con el estudio de la acción de reclamación sin infracción hasta la Quinta Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en México en el 2003; llegado el momento, se continuó ampliando el periodo de investigación a realizarse por parte del máximo órgano del acuerdo, hasta la Sexta Conferencia, que tuvo lugar en Hong-Kong en el 2005.

En esta conferencia se concluyó que para que pueda tener lugar el levantamiento de la cláusula moratoria "es necesario tener en cuenta que en la actualidad la mayoría de los países carecen de experiencia necesaria para que se pueda aplicar esta acción, ya que hasta ahora los países en desarrollo no han cumplido sus obligaciones en virtud del Acuerdo, como lo es el poner sus leyes y prácticas en conformidad con el ADPIC y, por ello, aún no se han beneficiado de experiencias directas sobre el alcance y las modalidades de las acciones en caso de medidas no infractoras conforme a lo previsto en las disposiciones. Más importante aún es el hecho de que las disposiciones del GATT de 1994 relativas a medidas no infractoras se

idearon para el comercio de mercancías. El Acuerdo sobre los ADPIC trata de establecer normas mínimas de protección, y no de liberalización.”<sup>9</sup>

Por último se determinó que la moratoria sobre la aplicación de las acciones por medidas no infractoras en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC se mantendrá indefinidamente hasta que los Miembros acuerden por consenso que se ha acumulado la suficiente experiencia en la aplicación del Acuerdo y que, en caso de adoptarse, esas acciones no incrementarán el nivel de obligaciones de los Miembros.

Aunque esta es la posición del Consejo del ADPIC, es decir, la que de manera general sostienen los países miembros del acuerdo, existen diversas opiniones referentes a la acción de reclamación sin infracción, choques que han conducido a la vigencia de la cláusula moratoria.

Entre las opiniones se encuentra la de aquellos países que están en contraposición a esta cláusula, como EE.UU. y Suiza, los cuales tienen gran interés en que los casos en donde podría tener lugar la acción de reclamación sin infracción deberían ser admitidos con el “fin de disuadir a los Miembros de proceder a cualquier “actividad legislativa creativa” que les permita eludir los compromisos contraídos en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>10</sup>” Con lo anterior lo que se quiso decir es que la moratoria permitiría a los países “inventar” la legislación que reduciría la protección de la propiedad intelectual exigida por el ADPIC.

Contraria a la anterior posición, encontramos la manifestada en el documento oficial

presentado ante el Concejo de los ADPIC, por parte del representante del Perú ante esta organización, radicado el 13 de septiembre del 2002, en conjunto con 13 países en vía de desarrollo como lo son Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador; Egipto, India, Kenya, Malasia, Pakistán, Sri Lanka, y Venezuela.

El documento, identificado como el (IP/C/W/385), proponía que en la Quinta Conferencia Ministerial de la OMC, que tuvo lugar en Cancún en el 2003, se determinara que los párrafos 1 b) y 1 c) del artículo XXIII del GATT de 1994, no eran aplicables al Acuerdo sobre los ADPIC.

Bajo el argumento de que el artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC claramente estipula que los Miembros de la OMC no están obligados a otorgar una protección más amplia que la acordada.

Es decir, que si se incluye la acción de reclamación sin infracción en materia regulada por el ADPIC, se estaría obligando a los miembros del acuerdo a dar una protección adicional, a reconocer derechos que no se encuentran contemplados de manera taxativa, ampliándolos de una manera ilimitada, generando inseguridad al momento de actuar por parte de cada miembro, contrario a lo que se busca por un acuerdo, y es establecer unos límites a la regulación de un tema, que generen seguridad normativa. Por ello el documento establece que “la mejor manera de garantizar el cumplimiento de los derechos y obligaciones del Acuerdo sobre los ADPIC es a través de la aplicación de buena fe de sus disposiciones, de conformidad con los principios establecidos del derecho inter-

9 Organización Mundial del Comercio - ¿Es posible plantear diferencias en materia de propiedad intelectual en la OMC aunque no se haya vulnerado ningún Acuerdo?, disponible en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/nonviolation\\_background\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/nonviolation_background_s.htm), consultado el 7 de abril de 2009.

10 Organización Mundial del Comercio - ¿Es posible plantear diferencias en materia de propiedad intelectual en la OMC aunque no se haya vulnerado ningún Acuerdo? [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/nonviolation\\_background\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/nonviolation_background_s.htm) , consultado 7 de abril de 2009.

nacional que han sido reconocidos por el Órgano de Apelación.”<sup>11</sup>

Ésta, la posición de los países en vía de desarrollo, específicamente consiste en que la acción de reclamación sin infracción se creó en realidad para impedir que las concesiones arancelarias obtenidas por un algún país en consideración a un tratado comercial fueran obstaculizadas por la ejecución de medidas no arancelarias por parte del otro socio comercial; es decir, que el acceso comercial no se llegase a materializar, y resulta que el ADPIC no lleva en sus objetivos el establecimiento de concesiones que permitan ampliar el acceso a un mercado, sino que se trata de un acuerdo proteccionista de derechos que surgen a través de la propiedad intelectual, por lo que no es claro el significado de la reclamación sin infracción en esta materia.

A esta posición se suman países como República Checa, el cual enfatiza que “hasta que el Consejo haya finalizado debidamente las deliberaciones sobre el alcance y las modalidades de las reclamaciones en casos en que no existe infracción, o hasta que se haya presentado una propuesta consensual a la Conferencia Ministerial, las reclamaciones en casos en que no existe infracción y en casos

en que existe otra situación no deberían ser aplicables al Acuerdo sobre los ADPIC”<sup>12</sup>. En igual posición se encuentran países como Canadá, China y los integrantes de la ASEAN (Asociación de Naciones del Sures-te Asiático).

Vale recalcar las alegaciones presentadas por China, apoyando las observaciones del documento (IP/C/W/385), en el que se afirma que la acción de reclamación sin infracción es un “mecanismo para garantizar las ventajas que dimanar de negociaciones bilaterales sobre concesiones”<sup>13</sup>, con el único fin de “mantener el equilibrio de intereses de cada parte contratante, sobre todo en relación con las concesiones otorgadas.”<sup>14</sup>

Además sostiene que en el texto del Acuerdo sobre los ADPIC, se consagra un equilibrio de derechos y obligaciones, equilibrio que se afecta por las reclamaciones en casos en que no existe infracción y en casos en que existe otra situación si se aplicaran al Acuerdo sobre los ADPIC, ya que, al no haber claridad de cuáles son las obligaciones de un miembro frente a los derechos de otro, se desaparecería el equilibrio buscado por el Acuerdo, el cual es necesario para que las relaciones comerciales, en las cuales tengan que ver derechos de propiedad intelectual, tengan lugar. En

11 Google translate, Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual, disponible en: [http://translate.google.com.co/translate?hl=es&sl=en&u=http://commerce.nic.in/wto\\_sub/TRIPS/trips\\_index.htm&ei=hVDnSb6yO8aEtwfRzfXJBQ&sa=X&oi=translate&resnum=1&ct=result&prev=/search%3Fq%3DIP/C/W/385%26hl%3Des](http://translate.google.com.co/translate?hl=es&sl=en&u=http://commerce.nic.in/wto_sub/TRIPS/trips_index.htm&ei=hVDnSb6yO8aEtwfRzfXJBQ&sa=X&oi=translate&resnum=1&ct=result&prev=/search%3Fq%3DIP/C/W/385%26hl%3Des), consultado el 8 de junio de 2009.

12 Google translate, artículo “Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual”, disponible en: [http://translate.google.com.co/translate?hl=es&sl=en&u=http://commerce.nic.in/wto\\_sub/TRIPS/trips\\_index.htm&ei=hVDnSb6yO8aEtwfRzfXJBQ&sa=X&oi=translate&resnum=1&ct=result&prev=/search%3Fq%3DIP/C/W/385%26hl%3Des](http://translate.google.com.co/translate?hl=es&sl=en&u=http://commerce.nic.in/wto_sub/TRIPS/trips_index.htm&ei=hVDnSb6yO8aEtwfRzfXJBQ&sa=X&oi=translate&resnum=1&ct=result&prev=/search%3Fq%3DIP/C/W/385%26hl%3Des), consultado el 8 de junio de 2009.

13 Google translate, Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual, Conferencia ministerial. Negociación, aplicación y labor del consejo de los ADPIC, disponible en: [http://translate.google.com.co/translate?hl=es&sl=en&u=http://commerce.nic.in/wto\\_sub/TRIPS/trips\\_index.htm&ei=hVDnSb6yO8aEtwfRzfXJBQ&sa=X&oi=translate&resnum=1&ct=result&prev=/search%3Fq%3DIP/C/W/385%26hl%3Des](http://translate.google.com.co/translate?hl=es&sl=en&u=http://commerce.nic.in/wto_sub/TRIPS/trips_index.htm&ei=hVDnSb6yO8aEtwfRzfXJBQ&sa=X&oi=translate&resnum=1&ct=result&prev=/search%3Fq%3DIP/C/W/385%26hl%3Des), consultado el 8 de junio de 2009.

14 Google translate, Artículo “Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual, Conferencia ministerial. Negociación, aplicación y labor del consejo de los ADPIC, disponible en: [http://translate.google.com.co/translate?hl=es&sl=en&u=http://commerce.nic.in/wto\\_sub/TRIPS/trips\\_index.htm&ei=hVDnSb6yO8aEtwfRzfXJBQ&sa=X&oi=translate&resnum=1&ct=result&prev=/search%3Fq%3DIP/C/W/385%26hl%3Des](http://translate.google.com.co/translate?hl=es&sl=en&u=http://commerce.nic.in/wto_sub/TRIPS/trips_index.htm&ei=hVDnSb6yO8aEtwfRzfXJBQ&sa=X&oi=translate&resnum=1&ct=result&prev=/search%3Fq%3DIP/C/W/385%26hl%3Des), consultado el 8 de junio de 2009.

consecuencia de ello, China afirma que esta acción de reclamación sin infracción no es aplicable al Acuerdo del ADPIC.

La Unión Europea manifestó que si no se permitían reclamaciones de no violación en el ámbito de los ADPIC, “debería haber alguna forma de evitar el abuso que permitiría a los países obligar a otros a adoptar un nivel de protección de la propiedad intelectual más exigente que el requerido conforme a los ADPIC”<sup>15</sup>, ya que, al no existir esta acción que permita brindar una protección a los derechos de propiedad intelectual, de una manera más amplia de la que brinda el ADPIC, ya que este acuerdo establece una mínima protección común, se tendría que aumentar la protección interna en cada país, generando lo contrario a lo buscado por el ADPIC, y es que haya una protección mínima e igual en todos los países miembros de la OMC, causando un obstáculo al comercio internacional.

## 2. Alternativas de aplicación de la acción de reclamación sin infracción

Luego de diversos encuentros entre los miembros del Consejo de los ADPIC, existen cuatro opciones claras de lo podría ser el futuro de la acción de reclamación sin infracción en este acuerdo.

La primera opción consiste en adoptar la propuesta que hasta al momento es la que más apoyo tiene en el máximo órgano del acuerdo y que figura en el documento (IP/C/W385), en el cual se recomienda a los diferentes representantes de los países en el consejo establecer de manera definitiva que

las reclamaciones sin infracción que se encuentran el artículo XXIII, literal b) y c), del GATT, no tienen lugar de desarrollo en el ADPIC.

La segunda posibilidad que se vislumbra, y es la que en últimas más generaría controversia en caso de llevarse a cabo, es del otro extremo, y es de que “las reclamaciones en casos en que no hay infracción y las reclamaciones motivadas por otra situación sean aplicables en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, sin sujetar esas reclamaciones a directrices específicas en cuanto a su alcance y modalidades que no sean las previstas en el ESD, es decir, las salvaguardias generales establecidas en el artículo 26 del ESD”.<sup>16</sup>

La siguiente posibilidad en presentarse es continuar con lo decidido en las anteriores asambleas ministeriales del ADPIC, y es prorrogar por más tiempo la cláusula moratoria sobre la acción de reclamación sin infracción, para que de esa manera el consejo del acuerdo culminase su tarea de establecer los alcances y modalidades que esta acción podría tener desarrollo en los derechos de propiedad intelectual en el comercio.

En cuarto lugar, se encuentra la opción de que “el Consejo recomiende que en las diferencias planteadas en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC sean posibles las reclamaciones en casos en que no existe infracción o motivadas por otra situación, pero sometidas a algunas directrices adicionales específicas sobre su alcance y modalidades. Sin embargo, no se han presentado propuestas para arbitrar esas disposiciones.”<sup>17</sup>

15 Chakravarthi Raghavan, Propiedad Intelectual – Estados Unidos acusado de “piratería” de marca cubana, disponible en: <http://www.sodepaz.org/bacardi/actualidades04.html>, consultado el 25 de marzo de 2009.

16 Organización Mundial del Comercio Consultado en: [http://docsonline.wto.org/GEN\\_highLightParent.asp?qu=%28+%40meta%5FSymbol+IP%FCC%FCM%FC%2A%29+&doc=D%3A%2FDDFD%2FV%2FIP%2FC%2FM49%2EDOC%2EHTM&curdoc=12&popTitle=IP%2FC%2FM%2F49](http://docsonline.wto.org/GEN_highLightParent.asp?qu=%28+%40meta%5FSymbol+IP%FCC%FCM%FC%2A%29+&doc=D%3A%2FDDFD%2FV%2FIP%2FC%2FM49%2EDOC%2EHTM&curdoc=12&popTitle=IP%2FC%2FM%2F49)

17 Organización Mundial del Comercio – Consejo de los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, disponible en: [http://docsonline.wto.org/GEN\\_highLightParent.asp?qu=%28+%40meta%5FSymbol+IP%FCC%FCM%FC%2A%29+&doc=D%](http://docsonline.wto.org/GEN_highLightParent.asp?qu=%28+%40meta%5FSymbol+IP%FCC%FCM%FC%2A%29+&doc=D%3A%2FDDFD%2FV%2FIP%2FC%2FM49%2EDOC%2EHTM&curdoc=12&popTitle=IP%2FC%2FM%2F49)

Al leer las diferentes actas que resultan al final de los distintos encuentros que se realizan en el Consejo de los ADPIC, para tratar el tema, la opción que hasta al momento ha recibido más apoyo ha sido la de eliminar la mínima posibilidad de que la acción de reclamación sin infracción entre a regir las diferencias que surjan en torno al acuerdo, pero no se ha alcanzado el consenso necesario para adoptar esta posibilidad.

### **3. Por qué los países industrializados buscan la procedencia de la acción de reclamación sin infracción en el ADPIC**

Es evidente, al conocer la postura que se tiene sobre la procedencia de la acción de reclamación sin infracción de los diferentes países miembros del ADPIC, que existen dos posiciones principalmente, y que cada una de estas se encuentra encabezada por diferentes tipo de países; es decir, que mientras a favor de la procedencia de la acción de reclamación sin infracción se encuentran países desarrollados como EE.UU., Suiza y la Unión Europea, en su contra se encuentran los países en vía de desarrollo, sin que ello signifique que esta posición sea apoyada también por todas las potencias mundiales.

Esto debido a que los intereses que cada parte busca proteger ya sea con la aplicación o no de la acción de queja en el ADPIC, son contrarios y totalmente válidos.

En el caso de los países industrializados, su interés radica en la protección de la innovación conseguida, ya sea en artículos, procedimientos o servicios. Esto debido a que gracias a que la innovación es objeto de protección a través de derechos de propiedad intelectual, se logra una explotación de estos bienes novedosos, durante largos periodos, exigiendo por su uso, para ser explotados, o reproducidos por otros, una remuneración alta, o tener la exclusividad de su producción y ser así el único al que se le puede com-

prar, lo que les ha permitido estar en donde se encuentran como países desarrollados, y que con la acción de reclamación sin infracción, tal y como se encuentra en estos momentos plasmada en el ADPIC, es decir, en el que no se tiene certeza de su alcance, se podrían atacar las licencias obligatorias, consideradas por muchos como una de las grandes figuras que más choca con los intereses que estas naciones esperan obtener con la creación de una bien innovador, y son las grandes ganancias que se perciben al tener la titularidad exclusiva para su explotación industrial.

### **4. Posición de Colombia frente a la acción de reclamación sin infracción en el ADPIC**

Con respecto a esto podemos vislumbrar las manifestaciones de Colombia frente a la acción de reclamación sin infracción. La primera es la que dio a conocer el representante de Colombia ante el Consejo de los ADPIC, como vocero de la Comunidad Andina. Inicia recordando que este debate se originó en 1999, y que desde ese momento diferentes miembros de la OMC han presentado comunicaciones en las que manifiestan su preocupación con respecto al futuro de la acción en estudio.

La posición de Colombia como Vocero de la Comunidad Andina es que "los Miembros corren el riesgo de crear un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de productores y usuarios del conocimiento tecnológico, lo que puede dar por resultado la creación de nuevas obligaciones. La atención de las reclamaciones en casos de no infracción y de otra situación limitaría la capacidad tecnológica e innovadora de los países. También haría difícil que las autoridades nacionales aplicaran políticas y medidas económicas, sociales, de salud, ambientales y culturales que no se relacionaran directamente con los derechos de propiedad intelectual, al afectar su disfrute de los dere-

3A%2FDDFDOCUMENTS%2FV%2FIP%2FC%2FM49%2EDOC%2EHTM&curdoc=12&popTitle=IP%2FC%2FM%2F49, consultado el 25 de marzo de 2009.

chos y limitar las flexibilidades inherentes al Acuerdo sobre los ADPIC<sup>18</sup>.

Existe la duda de cuál sea la posición actual de Colombia respecto de la procedencia de la acción de reclamación sin infracción en el ADPIC. Esto se debe a que el 13 de septiembre del 2002, se radicó por parte del representante del país miembro Perú, ante el máximo órgano del ADPIC, el documento identificado (IP/C/W/385), en el cual se manifestaba no solo la posición de este país, sino también de otros países en especial en vía de desarrollo, incluyendo a Colombia, los cuales manifestaban su desacuerdo con la entrada en vigencia de la acción de queja, sosteniéndose principalmente en que en el artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC claramente estipula que los Miembros de la OMC no están obligados a otorgar una protección más amplia que la acordada, y que con la aplicación de la acción, las obligaciones aumentarían al punto de generar temor por parte de cada estado al momento de actuar, en temas relativos a la propiedad intelectual, porque no se tendría certeza en qué casos se puede causar un obstáculo para la precepción de beneficios bajo los derechos de propiedad industrial, o de obras literarias o artísticas, y que como consecuencia fuesen objeto de una sanción.

Según ese documento, y la opinión como vocero de la comunidad andina, la posición oficial de Colombia frente a la acción de reclamación sin infracción en el ADPIC sería negativa, pero resulta que tiempo después, como es de conocimiento general, Colombia comenzó a realizar las negociaciones con los EE.UU. para la celebración del Tratado de libre comercio, que incluso hasta el día de hoy está en duda, debido a factores como la actual crisis económica que atraviesa la prin-

cipal potencia mundial. El resultado final de las negociaciones arrojó que en el artículo 21.2 literal c del tratado se indica que la acción de queja tendrá lugar en el capítulo 16 del acuerdo, es decir, el que regula todo lo referente a la propiedad intelectual, siendo esto contrario a la posición manejada por Colombia en el ADPIC.

## CONCLUSIONES

En primer lugar se evidencia que existe un especial énfasis en cuanto a la protección que se brinda por parte del ADPIC, en lo referente al tema de la salud, ya que se plantea que éste se debe interpretar y aplicar de manera que apoye la salud pública, promoviendo tanto el acceso a los medicamentos existentes, como a la investigación y desarrollo de nuevos medicamentos. En caso de levantar la cláusula moratoria, se puede presentar conflicto en cuanto a las licencias obligatorias, en las que se otorga por parte de un gobierno nacional, el permiso de producir un producto patentado o utilizar un procedimiento patentado sin el consentimiento del titular de la patente, ya que se podría argumentar por parte del creador que se está degradando los intereses que este esperaba obtener como fruto del valor de su trabajo inventivo, lo que impediría el pleno ejercicio de las licencias obligatorias, ya que, aunque no se va en contra del ADPIC, se atenta contra el creador, porque aunque a éste debe dársele una remuneración, que según el acuerdo debe ser adecuada según las circunstancias de cada caso, no se define con claridad qué es una remuneración adecuada, y que al establecer la posibilidad de que esta varíe según el caso, no se garantiza que lo que se le paga al creador sea realmente lo que se esperaba obtener.

18 Organización Mundial del Comercio – Consejo de los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, disponible en [http://docsonline.wto.org/GEN\\_highLightParent.asp?qu=%28+%40meta%5FSymbol+IP%FCC%FCM%FC%2A%29+&doc=D%3A%2FDDFDDOCUMENTS%2FV%2FIP%2FC%2FM37A1%2EDOC%2EHTM&curdoc=7&popTitle=IP%2FC%2FM%2F37%2FAdd%2E1](http://docsonline.wto.org/GEN_highLightParent.asp?qu=%28+%40meta%5FSymbol+IP%FCC%FCM%FC%2A%29+&doc=D%3A%2FDDFDDOCUMENTS%2FV%2FIP%2FC%2FM37A1%2EDOC%2EHTM&curdoc=7&popTitle=IP%2FC%2FM%2F37%2FAdd%2E1), consultado el 25 de marzo de 2009.

Esto se plantea debido a que uno de los puntos más críticos de la acción de reclamación sin infracción, en cuanto al ADPIC, es que no se tiene la certeza en que temas tendría lugar su aplicación, por lo que el campo de aplicación, en caso de levantar la cláusula moratoria, sería muy amplio y se podrían afectar temas como lo es la salud pública.

Continuando con este punto de vista, se puede agregar que permitir la aplicación de esta acción implica reducir los privilegios que, bajo el ADPIC, cada país tiene para regular los derechos de propiedad intelectual, en relación con el agotamiento de este derecho, ya que esta acción se vería como un obstáculo para realizar estrategias comerciales, en las que se requiera utilizar ciertas marcas, diseños o inventos, sin tener que hacer pagos excesivos a su creador, en base al agotamiento de la propiedad intelectual, ya que el creador del invento, bajo esta acción de reclamación sin infracción, podría argumentar que no alcanzaría sus expectativas esperadas bajo la protección brindada por el ADPIC.

El ejercicio de la acción de reclamación sin infracción, en el ADPIC, es casi imposible, en cuanto a que es difícil lograr un consenso entre los miembros de la OMC, requerido en el párrafo 3 del artículo 64, para que entre en vigencia la acción de anulación sin menoscabo.

También, al ser difícil establecer con claridad cómo se aplicaría esta acción, debido a que fue creada para la liberalización del comercio de mercancías, y el ADPIC lo que establece es una mínima protección a la propiedad intelectual, se generaría una inseguridad al momento de actuar por parte de un país, y se presentaría una sobreutilización de los mecanismos de solución de diferencias, ya que la cobertura de temas que se podrían aplicar bajo la acción sería muy amplia e indefinida.

De otro lado, el no aplicar la acción conduciría al unilateralismo, en cuanto a que cada

país establecería normas de índole nacional, que aunque respetan el acuerdo, en el fondo atentarían con el valor comercial de la propiedad intelectual, y que el creador deberá tolerar, al no existir una acción que permita hacer respetar sus derechos, por lo que habría un sometimiento a la legislación de cada miembro de la OMC, no alcanzando la unidad legislativa internacional buscada por el ADPIC.

## BIBLIOGRAFÍA

ACUERDO SOBRE EL ADPIC: Visión general – World Trade Organization, disponible en [www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/intel2\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/intel2_s.htm).

ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO. Organización Mundial del Comercio, disponible en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/health\\_background\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/health_background_s.htm).

ALARCÓN, Felipe; ASTUDILLO, Francisco. *Consideraciones sobre los derechos de propiedad intelectual como barrera no arancelaria en el comercio internacional agropecuario*, IICA Serie Documentos Técnicos, San José de Costa Rica, 1997.

CONFERENCIA MINISTERIAL. Negociación, aplicación y labor del consejo de los ADPIC. Organización Mundial del Comercio. Disponible en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/nonviolation\\_background\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/nonviolation_background_s.htm)

CHAKRAVARTHI, Raghavan. Propiedad Intelectual. Estados Unidos Acusado de “piratería” de marca cubana. Disponible en: <http://www.sodepaz.org/bacardi/actualidades04.html>

GOVAERE, Vicarioli. *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, Universidad Estatal a Distancia, San José de Costa Rica, 2007.

IICA, *Gestión de Derechos de los Bienes Protegibles*, fondo de publicaciones Instituto Interamericano de Comercio Agropecuario, San José de Costa Rica, 2009.

LACARTE, Julio; GRANADOS, Jaime. *Solución de controversias comerciales internacionales*, BID, Washington D.C. 2004.

LA OMC / Entender la OMC – Principios del Sistema de Comercio. Organización Mundial del Comercio. Disponible en: [http://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/fact2\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm)

LA OMC / Entender la OMC - ADPIC – Propiedad Intelectual: Protección y Observancia. La Organización Mundial del Comercio. Disponible en: [www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/agrm7\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm7_s.htm).

MORALES-HERNÁNDEZ, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998.

NOUEL, Emilio. *Nuevos temas de derecho Internacional* CEC S.A., Caracas, 2006.

OMC/ADPIC/Visión General. Organización Mundial del Comercio. Disponible en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/intel1\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/intel1_s.htm)

[/www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/intel1\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/intel1_s.htm)

PALAU, Felipe. *La obligación de uso de la marca*, Tirant le Blanch - Universitat de València, Valencia, España, 2005.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Derecho Comunitario Andino*, fondo de publicaciones PUCP, 2003.

PROPIEDAD INTELECTUAL. Las patentes de producción farmacéutica y el Acuerdo sobre los ADPIC. Organización Mundial del Comercio. Disponible en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/nonviolation\\_background\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/nonviolation_background_s.htm)

PROPIEDAD INTELECTUAL: Protección y Observancia. Organización Mundial del Comercio. Disponible en: [http://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/agrm7\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm7_s.htm).

¿QUÉ ES LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y CUÁL ES SU IMPORTANCIA COMERCIAL?. Organización Mundial del Comercio. Disponible en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/trips\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/trips_s.htm)

