

LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN EL ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO DE LA OMC

DELIA LIPSZYC

I. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

Una de las más importantes novedades que aporta el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (AADPIC) es la aplicación en el área de los derechos intelectuales del sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC), bien conocido por los Estados en el campo de las cuestiones tradicionalmente inherentes al GATT, General Agreement on Tariffs and Trade (durante 1995 el GATT de 1947 –año en que vio la luz en Ginebra– coexistió con la OMC y a partir del 1º de enero de 1996 aquel fue absorbido por ésta).

Es probable que entre las principales razones por las que la propiedad intelectual, una temática propia de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), se instalara también en el GATT haya sido, precisamente, la carencia de un procedimiento de solución de diferencias y el propósito de darle, como se ha dado en decir, “garras y dientes” a los tratados multilaterales sobre propiedad industrial, derecho de autor y derechos conexos, pues el Convenio de París, el Convenio de Berna, la Convención de Roma, etc., solo

prevén la competencia de la Corte Internacional de Justicia de La Haya para el caso de que se produzcan diferencias entre dos o más Estados parte respecto de la interpretación o de la aplicación del Convenio que no se hayan conseguido resolver por vía de negociación.

El sistema de solución de diferencias de la OMC es considerado como un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al comercio multilateral. En el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) los miembros reconocen que este sistema sirve para preservar sus derechos y obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados por aquel –entre los que se encuentra el AADPIC– y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público, porque para el funcionamiento eficaz de la OMC y para el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los miembros es esencial la pronta solución de las situaciones en las cuales uno de ellos considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabados por medidas que adopta otro miembro (arts. 3.2 y 3.3).

El primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias será, en general, conseguir la supresión de las medidas de que se trate—leyes, reglamentos, decisiones judiciales y resoluciones administrativas de aplicación general hechos efectivos por un miembro—, si se constata que éstas son incompatibles con las disposiciones del acuerdo abarcado por el ESD.

Con respecto a los derechos de propiedad intelectual, el AADPIC establece disposiciones sobre prevención de diferencias que se refieren a la *transparencia* de los actos relativos a su aplicación. Al respecto, en el artículo 63 de dicho acuerdo se estipula que los miembros deberán publicar las leyes, reglamentos, decisiones judiciales definitivas y resoluciones administrativas de aplicación general referentes a la materia, al igual que los acuerdos bilaterales. Cuando tal publicación no sea viable, los pondrán a disposición del público, en un idioma del país, de forma de permitir a los gobiernos y a los titulares de los derechos tomar conocimiento de ellos. Los miembros se obligan a notificar dichas leyes y reglamentos al Consejo de los AADPIC para ayudarlo en su examen de la aplicación del acuerdo, aunque el Consejo intentará eximirlos de esta obligación mediante el establecimiento con la OMPI de un registro común.

Con esta finalidad, entre la OMPI y la OMC se concertó en Ginebra, el 22 de diciembre de 1995, un acuerdo de cooperación que entró en vigor el 1º de enero de 1996, en virtud del cual, previa petición, la Oficina Internacional de la OMPI proporcionará a los Miembros de la OMC y a los nacionales de éstos copias de leyes y reglamentos y copias de sus traducciones, que existen en su colección,

en los mismos términos que sean aplicables a los Estados miembros de la OMPI y a los nacionales de éstos. En relación con los países en desarrollo se dispone que cuando esos países sean miembros de la OMC pero no de la OMPI la Oficina Internacional pondrá a su disposición la misma asistencia jurídica en relación con el AADPIC que pone a disposición de los Estados miembros de la OMPI que son países en desarrollo, y viceversa.

El artículo 63.3 del AADPIC establece que cada miembro estará dispuesto a facilitar información sobre las medidas mencionadas que le solicite por escrito otro miembro. Cuando un miembro tenga razones para creer que una decisión judicial, resolución administrativa o acuerdo bilateral concreto en la esfera de los derechos de propiedad intelectual afecta a los derechos que le corresponden a tenor de dicho acuerdo podrá solicitar por escrito que se le dé acceso a la decisión judicial, resolución administrativa o acuerdo bilateral en cuestión o que se le informe con suficiente detalle acerca de ellos.

II. EL ENTENDIMIENTO SOBRE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS –ESD–

El ESD constituye el Anexo 2 del Acuerdo de la OMC. Según el artículo 64.1 del AADPIC, para las consultas y la solución de las diferencias que surjan en su ámbito, salvo disposición en contrario, serán de aplicación las disposiciones de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1994, desarrolladas y aplicadas por el Entendimiento sobre las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias.

III. EL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS OSD

El ESD establece un Órgano de Solución de Diferencias (OSD) integrado por todos los Miembros de la OMC. Actúa bajo la dirección de un presidente y tiene la facultad de establecer grupos especiales, adoptar los informes de éstos y del Órgano de Apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones. Debe informar a los consejos y comités de la OMC —entre los que se encuentra el Consejo de los AADPIC— sobre la evolución de las diferencias.

IV. EL PROCEDIMIENTO

En el ESD se reglamenta el procedimiento a seguir en caso de diferencias entre los países miembros de la OMC. Las solicitudes de conciliación y el recurso al procedimiento de solicitud de diferencias no deberán estar concebidos ni considerados como actos contenciosos; si surge una diferencia, los miembros entablarán este procedimiento de buena fe y esforzándose por resolverla (art. 3.10).

No se trata de un juicio ante un tribunal internacional sino que se busca un *consenso negociado*.

A. LA SOLICITUD DE CONCILIACIÓN

En primer lugar, entre las partes en una diferencia se intentarán *la consulta* (art. 4º) y *los buenos oficios, la conciliación y la mediación* (art. 5º) durante un plazo de 60 días.

Toda solicitud de celebración de consultas se presentará por escrito y en ella

figurarán las razones en que se base, con indicación de las medidas en litigio y de los fundamentos jurídicos de la reclamación. El miembro al que haya sido dirigida la solicitud la responderá en un plazo de 10 días (salvo que las partes acuerden uno distinto) y entablará consultas de buena fe dentro de un plazo de no más de 30 días con miras a llegar a una solución mutuamente satisfactoria. Si no responde o no entabla consultas en los plazos indicados, el miembro que haya solicitado la celebración de la consulta podrá proceder directamente a solicitar el establecimiento de un grupo especial (arts. 4.3 y 4.4).

Las consultas serán confidenciales y no prejuzgarán los derechos de ningún miembro en otras posibles diligencias. En cualquier momento, cualquier parte en una diferencia podrá solicitar los buenos oficios, la conciliación o la mediación. También el director general, actuando de oficio, podrá ofrecer sus buenos oficios, conciliación o mediación para ayudar a los miembros a resolver la diferencia.

B. LA DEMANDA DE UN GRUPO ESPECIAL

Si con estos procedimientos no se soluciona la diferencia, en el plazo indicado de 60 días, la parte reclamante puede solicitar al OSD que establezca un grupo especial (o panel).

La demanda de un grupo especial se formulará por escrito, con indicación de si se han celebrado consultas, precisando las medidas concretas en litigio y con una breve exposición de los fundamentos jurídicos de la reclamación. Cuando el reclamante pida un grupo especial con mandato distinto del mandato tipo, en la

demanda figurará el texto propuesto del mandato especial.

El mandato tipo de los grupos especiales, salvo que las partes acuerden otra cosa, establecido en el ESD (art. 7.1) es un poco impreciso:

Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo o acuerdos abarcados que hayan invocado las partes en la diferencia) el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento [...] y formular las conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (o acuerdos).

El OSD podrá autorizar a su presidente a redactar el mandato del grupo especial, en consulta con las partes, el que será distribuido a todos los miembros del OSD (art. 7.3).

El grupo especial se establecerá, a más tardar, en la reunión del OSD siguiente a aquella en la que la demanda haya figurado por primera vez como punto del orden del día, a menos que en esa reunión el OSD *decida por consenso no establecer un grupo especial* (art. 6.1). De modo que resulta prácticamente imposible bloquear el establecimiento de un grupo especial.

C. LA COMPOSICIÓN DE LOS GRUPOS ESPECIALES

Los grupos especiales estarán formados por tres integrantes muy competentes, funcionarios gubernamentales o no, que con anterioridad hayan integrado un grupo especial o actuado como representantes ante el GATT o hayan realizado una actividad docente o publicado trabajos

sobre derecho o política comercial internacional. Dentro de los 10 días siguientes al establecimiento del grupo especial las partes en la diferencia pueden convenir que los integrantes sean cinco.

Para facilitar la elección de los integrantes de los grupos especiales la Secretaría de la OMC mantendrá una lista indicativa de personalidades, con la conformidad de la OMC y del OSD. Para garantizar la independencia de los miembros de los grupos especiales se utilizan diversas vías: su formación suficientemente variada y vasta experiencia; su diferente origen y extracción; su actuación a título personal y no en calidad de representantes de un gobierno o de una organización, debiendo éstos abstenerse de darles instrucciones y de ejercer sobre ellos cualquier clase de influencia (lo cual puede tener un efecto más teórico que práctico porque a los funcionarios les es bastante difícil sustraerse a esas presiones) y porque, salvo acuerdo en contrario, los nacionales de los miembros que sean parte en la diferencia no podrán ser integrantes del grupo especial, lo cual es una novedad considerable para asegurar la imparcialidad de las decisiones.

El grupo especial debe quedar constituido en un lapso no mayor de 30 días. Si las partes no llegan a un acuerdo en el plazo de 20 días a contar desde la fecha del establecimiento del grupo especial, a petición de cualesquiera de ellas el director general, dentro del término de 10 días, podrá designar a los tres integrantes, en consulta con el presidente del OSD y con el presidente del consejo o comité correspondiente.

Los gastos que demanden los grupos especiales serán sufragados con cargo al presupuesto de la OMC.

En caso de pluralidad de partes reclamantes se establecerá un único grupo especial para examinar todas las reclamaciones. Si se establece más de un grupo especial, en la medida en que sea posible las mismas personalidades actuarán en los distintos grupos (arts. 9.1 y 9.3).

D. LA FUNCIÓN DE LOS GRUPOS ESPECIALES

La función del grupo especial será hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, de los hechos de la causa, de la aplicabilidad del AADPIC y de si la medida motivo de la diferencia es compatible con éste, y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer recomendaciones o dictar las resoluciones de conformidad con dicho acuerdo. Deberán consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria (art. 11).

E. LOS PLAZOS Y LAS INVESTIGACIONES

Se fijará un calendario de trabajo tomando en cuenta, cuando hubiere lugar, los casos de urgencia y se establecerá el plazo dentro del cual las partes depositarán en poder de la Secretaría sus comunicaciones escritas para su traslado inmediato al grupo especial y a la contraparte en la diferencia (arts. 12.3 a 12.6).

En los casos en que las partes en la diferencia no hayan podido llegar a una solución mutuamente satisfactoria, el grupo especial presentará sus conclusiones y efectuará recomendaciones. Cuando se haya llegado a un arreglo, el informe se limitará a indicarlo.

Entre el establecimiento del grupo especial y la distribución del informe a los miembros no deberán pasar más de nueve meses. Sin embargo, a instancia de la parte reclamante, el grupo especial podrá suspender sus trabajos por un período que no exceda de doce meses (arts. 12.9 y 12.12).

Los grupos especiales pueden recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estimen conveniente, pero si ésta se encuentra sometida a la jurisdicción de un miembro antes de hacerlo deberán notificarlo a las autoridades de éste; la información confidencial no será revelada sin la autorización formal de quien la haya suministrado. También pueden solicitar a un grupo consultivo de expertos que emita un informe por escrito; en el apéndice 4 figuran las normas sobre estos grupos (art. 13).

Las deliberaciones del grupo especial serán confidenciales y los informes se redactarán sin la presencia de las partes en la diferencia y las opiniones que se expresen en el informe serán anónimas (arts. 14.1 a 14.3).

F. LA ETAPA INTERMEDIA DE REEXAMEN Y LA FINAL

Luego de considerar los escritos de contestación y las alegaciones orales de las partes en la diferencia, el grupo especial les dará traslado de su proyecto de informe para que presenten sus observaciones por escrito. Una vez finalizado el plazo al efecto el grupo especial dará traslado a las partes de un informe provisional (“intermedio”) contenido tanto los capítulos expositivos como sus constataciones y conclusiones. Cualquiera de las partes podrá solicitar al grupo especial que celebre una nueva

reunión para reexaminar aspectos concretos del informe provisional sobre los que haya formulado observaciones escritas. De no existir estas observaciones, el informe se considerará definitivo y se distribuirá a los miembros (arts. 15.1 y 15.2).

Cuando un grupo especial llegue a la conclusión de que la medida es incompatible con el AADPIC, recomendará que el Estado miembro la ponga en conformidad con éste y podrá sugerir la forma adecuada de aplicar esa recomendación (art. 19).

El informe del grupo especial será sometido a consideración del OSD, previa distribución a los miembros. Las partes en una diferencia tendrán derecho a participar plenamente en el examen por el OSD del informe del grupo especial y sus opiniones constarán en acta. El OSD adoptará el informe por consenso dentro de los 60 días siguientes a su distribución a los miembros, a menos que una parte en la diferencia notifique formalmente su decisión de apelar o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe.

Si una parte ha notificado que apelará el informe no será considerado por el OSD hasta después de concluido el proceso de apelación (art. 16).

G. EL ÓRGANO DE APELACIÓN

Es un organismo permanente establecido por el OSD, compuesto por siete personas, de las cuales actuarán tres en cada caso. Son nombradas por un período de cuatro años y su mandato puede ser renovado por una sola vez. Se trata de personalidades de prestigio reconocido, con competencia técnica acreditada en derecho, en comercio internacional y en la temática de los

acuerdos abarcados en general. Para preservar la independencia del Órgano de Apelación sus integrantes no estarán vinculados a ningún gobierno y serán representativos en términos generales de la composición de la OMC (arts. 17.1 a 17.3).

En la actualidad, las personalidades que integran el Órgano de Apelación son originarias de Alemania (Claus-Dieter Ehlermann), Egipto (Georges-Michel Abi-Saab), Estados Unidos (James Bacchus), Filipinas (Florentino Feliciano), India (A. V. Ganesan), Japón (Yasuhei Taniguchi) y Uruguay (Julio Lacarte Muro).

Las actuaciones del Órgano de Apelación tendrán carácter confidencial; sus informes se redactarán sin la presencia de las partes en la diferencia y las opiniones de sus integrantes serán anónimas (arts. 17.10 y 17.11).

Sólo las partes en la diferencia, con exclusión de terceros, podrán recurrir en apelación contra el informe de un grupo especial. La apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste (art. 17.4 y 17.6).

H. LA ADOPCIÓN DE LOS INFORMES DEL ÓRGANO DE APELACIÓN

Los informes del Órgano de Apelación serán adoptados por el OSD y aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia, salvo que el OSD decida por consenso no adoptar el informe dentro de los treinta días contados a partir de su distribución a los miembros (art. 17.14).

Las decisiones del OSD se adoptan por consenso. Para no adoptar el informe del grupo especial debe haber consenso al

respecto –“consenso negativo”– por parte de todos los miembros de la OMC presentes en la reunión en que aquel se trate; como esto es muy difícil, se impide así que la parte que pierde el caso se oponga formalmente al informe y bloquee el procedimiento. En materia de solución de diferencias el “consenso negativo” es novedoso respecto del GATT de 1947.

Entre el establecimiento de un grupo especial y la fecha en que el OSD examine el informe del grupo especial o del Organismo de Apelación no transcurrirán, por regla general y salvo acuerdo de partes, más de nueve meses sin apelación y de doce meses cuando ésta se haya interpuesto, excepto que se hubieran solicitado prórrogas, las que se adicionarán a los términos indicados (art. 20).

I. LA APLICACIÓN DE LAS RECOMENDACIONES Y RESOLUCIONES DEL OSD. VIGILANCIA

En una reunión del OSD que se celebrará dentro de los 30 días siguientes a la adopción del informe del grupo especial o del Organismo de Apelación el miembro afectado informará acerca de sus intenciones respecto de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD; si no fuera posible cumplirlas inmediatamente, el OSD puede aceptar que dicho miembro lo haga en el plazo prudencial que éste proponga (art. 21.3).

A no ser que el grupo especial o el Organismo de Apelación hayan prorrogado el plazo para emitir su informe, el período transcurrido desde el establecimiento del grupo especial por el OSD hasta la fecha en que se determine el plazo prudencial no excederá de 15 meses, salvo que las partes en la diferencia acuerden otra cosa.

El plazo adicional se añadirá a dicho período pero, a menos que las partes en la diferencia convengan en que concurren circunstancias excepcionales, el período total no excederá de 18 meses (art. 21.4).

El OSD someterá a vigilancia la aplicación de las recomendaciones o resoluciones adoptadas; todo miembro podrá plantear en él la cuestión y, a menos que el OSD decida otra cosa, será incluida en el orden del día de la reunión que celebre seis meses después de la fecha en que se haya establecido el período prudencial y se mantendrá en el orden del día de sus reuniones hasta que se resuelva (art. 21.6).

V. COMPENSACIÓN Y SUSPENSIÓN DE CONCESIONES

Si un miembro de la OMC no aplica las recomendaciones y resoluciones se pueden entablar negociaciones con miras a hallar una compensación mutuamente aceptable y, si no se llega a un acuerdo, cualquier parte que haya recurrido al procedimiento de solución de diferencias puede pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados por el entendimiento.

Al considerar qué concesiones u otras obligaciones va a suspender, el principio general es que la parte reclamante suspenderá concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector o sectores en que se haya constatado la infracción, y si considera que esto es impracticable o ineficaz podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en otros sectores del mismo acuerdo. Si entiende que también esto es impracticable o ineficaz y que las circunstancias son

suficientemente graves, podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de otros acuerdos abarcados por el entendimiento.

En lo concerniente a propiedad intelectual, se considera que “sector” son todas las categorías de derechos comprendidas en el AADPIC (arts. 22.2 y 22.3).

Se entiende que el procedimiento de solución de diferencias impide que se apliquen, respecto de los países que son parte de la OMC, normas unilaterales que autorizan represalias, como por ejemplo, el artículo 301 de la ley de comercio norteamericana, al menos en relación con las materias o cuestiones cubiertas por el AADPIC.

VI. DISPOSICIONES REFERIDAS A LOS PAÍSES EN DESARROLLO (PED) Y A LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS MIEMBROS (PMA)

– Cuando se plantee una diferencia entre un PED y otro miembro industrializado, siempre que aquel lo solicite, participará en el grupo especial por lo menos un integrante que sea nacional de un PED (art. 8.10).

– Al examinar una reclamación presentada contra un PED, el grupo especial le concederá tiempo suficiente para preparar y exponer sus alegaciones (art. 12.10).

– Cuando una o más de las partes sean PED, en el informe del grupo especial se indicará de manera explícita la forma en que se han tenido en cuenta las disposiciones pertinentes sobre trato diferenciado y más favorable previstas para los PED en los acuerdos abarcados, y que hayan sido alegadas por ellos en el curso del procedimiento de solución de diferencias (art. 12.11).

Se prestará especial atención a las cuestiones que afecten los intereses de los PED con respecto a las medidas que hayan sido objeto de solución de diferencias (art. 21.2).

– Si el caso ha sido promovido por un PED, el OSD, al considerar qué disposiciones adecuadas podrían adoptarse, tendrá en cuenta no sólo el comercio afectado por las medidas objeto de la reclamación sino también su repercusión en la economía de los PED de que se trate (art. 21.8).

– En todas las etapas de la determinación de las causas de una diferencia o de los procedimientos de solución de diferencias en que intervenga un PMA se prestará particular consideración a la situación especial de éstos. A este respecto, los miembros ejercerán la debida moderación al plantear los casos. Si se constata que existe anulación o menoscabo como consecuencia de una medida adoptada por un PMA, las partes reclamantes ejercerán la debida moderación al pedir compensación o recabar autorización para suspender la aplicación de concesiones o del cumplimiento de otras obligaciones de conformidad con estos procedimientos (art. 24.1).

– Cuando en los casos de solución de diferencias en que intervenga un PMA no se haya llegado a una solución satisfactoria en el curso de las consultas celebradas, el director general de la OMC o el presidente del OSD, previa petición de un PMA, ofrecerán sus buenos oficios, conciliación y mediación con objeto de ayudar a las partes a resolver la diferencia antes de que se formule la solicitud de que se establezca un grupo especial. Para prestar la asistencia mencionada, el director general o el presidente del OSD podrán consultar las fuentes que uno u otro considere procedentes (art. 24.2).