



## **TRATAMIENTO DE LAS ASIMETRÍAS EN TRATADOS DE LIBRE COMERCIO ENTRE PAÍSES CON DISTINTO NIVEL DE DESARROLLO.**

A PROPÓSITO DE LAS NEGOCIACIONES MERCOSUR – UNIÓN EUROPEA (UE) Y A LOS VÍNCULOS ESTABLECIDOS ENTRE LA UE Y DISTINTOS PAÍSES LATINOAMERICANOS Y CARIBEÑOS

### **COUNTERACTING ASYMMETRIES IN FREE TRADE AGREEMENTS BETWEEN COUNTRIES WITH DIFFERENT DEVELOPMENT LEVELS**

*ON THE OCCASION OF NEGOTIATIONS BETWEEN LATIN-AMERICAN AND CARIBBEAN COUNTRIES WITH THE EUROPEAN UNION*

*Marcelo Halperin\**

#### **RESUMEN**

En principio el trabajo se basa en observaciones metodológicas efectuadas a propósito de las tratativas que distintos países latinoamericanos y caribeños han venido realizando para formalizar acuerdos de libre comercio de última generación con países desarrollados y, en especial, con la Unión Europea. En tal sentido, resalta el tipo de intervención tanto de los equipos técnicos como de los negociadores que, abocados a la difícil tarea de concertar cláusulas destinadas a reducir asimetrías, suelen incurrir en prejuicios y consiguientes planteos que, por su rigidez, terminan siendo contraproducentes para los intereses legítimos que intentan sostener.

El documento puntualiza distintas disposiciones que, a juicio del autor, deberían ser incluidas en dichos acuerdos a fin de conciliar los términos de reciprocidad con las condiciones y necesidades propias de los países en desarrollo, incorporando a la normativa un trato especial y diferenciado que, en diferentes áreas, permita un mejor aprovechamiento de la materia negociada.

#### **PALABRAS CLAVE**

Tratados de libre comercio -países latinoamericanos y caribeños –asimetría -trato especial y diferenciado

#### **ABSTRACT**

*Within the framework of negotiations to conclude free trade agreements with more developed countries, both technical teams and negotiators from Latin American and Caribbean countries try to counteract asymmetries on the basis of criteria that are not usually appropriate due its lack of flexibility.*

*This document raises the desirability of adopting proposals to reconcile the terms of reciprocity with the need to effectively reduce asymmetries and take advantage of the obtained concessions. In this sense, the author suggests to take into account the special and differential treatment for the less developed economies including comprehensive clauses about the various negotiated issues.*

#### **KEY WORDS**

---

\* *Texto que desarrolla la ponencia del autor del IV Simposio sobre Regionalismo Sudamericano en el Instituto de Integración Latinoamericana de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina (setiembre de 2017).*



*Free trade agreements -Latin American and Caribbean countries –asymmetries -special and differential treatment*



## SUMARIO

Introducción – **1.** Importancia de los aspectos normativos y su sistematización en los Tratados de Libre Comercio (TLC) – A. Prevención inicial: lo que implica la prematura instalación de textos “consolidados” o “acordados” – B. Cláusulas que habiliten la renegociación en caso de posible degradación del valor de concesiones, beneficios o ventajas. Reservas de integración - **2.** Implicaciones de la transposición a ultranza de principios y criterios multilaterales – A. Reclamo de PD para la libre circulación sub-regional – B. Reclamo de PD para incorporar regulaciones de protección a la propiedad intelectual que superen los márgenes negociados multilateralmente (OMC-plus) – **3.** Acerca del trato especial y diferenciado (TED) – A. Salvaguardias comerciales diferenciales – B. Medidas compensatorias para gravar alimentos importados cuyas materias primas e insumos reciban en origen subvenciones específicas – C. Legitimidad de las políticas de fomento a la producción en territorios deprimidos – **4.** La sistemática jurídica frente a los problemas relativos a la lealtad comercial y a la defensa de la competencia – A. Disposiciones destinadas a contrarrestar prácticas de deslealtad comercial en terceros mercados – B. Previsiones para reducir el impacto generado por la actividad de empresas favorecidas por el reconocimiento de su posición dominante en determinados mercados – **5.** Acerca del vertiginoso recorrido de la economía global y la necesidad de anticiparse a los cambios – A. Cómo contrarrestar el desaprovechamiento de concesiones al sobrevenir transformaciones tecnológicas. Propuestas para una cooperación “vinculante” – B. ¿Trato especial y diferenciado (TED) sin una evaluación periódica de resultados? – **6.** Síntesis y conclusiones

## INTRODUCCIÓN

Los extensos y minuciosos tratados internacionales de última generación que genéricamente continúan siendo calificados como “de libre comercio” (TLC), constituyen una de las pocas opciones que tienen los países en desarrollo (PED) para regular su inserción en la tumultuosa economía global y, en especial, frente a países desarrollados (PD). La función ordenadora y catalizadora de estos verdaderos códigos posmodernos está probada por los numerosos compromisos contraídos y gestionados bajo su égida.

Pero a la evidencia indicada debería sumársele otra, que sin embargo no merece demasiada dedicación analítica en América Latina: resulta muy difícil remontar, a través



de la normativa negociada en estos Tratados, las disparidades estructurales entre países con distintos niveles de desarrollo.

Sucede que los negociadores de PED y, en particular los negociadores de países latinoamericanos y caribeños plantados ante sus contrapartes de la UNIÓN EUROPEA (UE)<sup>1</sup>, durante las fases negociadoras han tropezado en anteriores negociaciones y siguen tropezándose en las actuales y aun antes de tener que vérselas con sus colegas de la otra vereda. Así, al ensayar el mapeo de iniciativas para obtener una reducción de asimetrías los cuadros técnicos y de negociación demuestran su proclividad a errar en los criterios de interpretación, lo que resulta explicable por una recurrente actitud defensiva frente a la propia condición de inferioridad en que se encuentran los países a los que representan.

Tales errores consisten en la asunción de posturas defensivas que en aras de su consistencia interna resultan excesivamente rígidas. La condición de inferioridad o insuficiencia estructural en una economía globalizada parecería que infunde auto-exigencias para formular posiciones negociadoras que luzcan como “lógicamente” consistentes. Esta tendencia se refleja en la propensión a extender el campo de aplicación para los posicionamientos, tanto a la hora de reivindicar principios multilaterales

---

<sup>1</sup> Como es conocido, en el caso de la UE se sustituyeron los mecanismos de preferencias unilaterales otorgadas, bajo el amparo del GATT, a sus ex colonias de África, el Caribe y el Pacífico (países ACP), por Tratados internacionales individualizados como “Economic Partnership Agreements” (EPAs), el más reciente de los cuales es el suscrito el 10 de junio de 2016 con seis países africanos, cinco de los cuales a su vez integran (junto a otros seis) la “Southern African Development Community” (SADC). El tratado de la UE con los países del Caribe, denominado “Economic Partnership Agreement Between the CARIFORUM States of the One Part and the European Community and its Member States, of the Other Part” se aplicó provisoriamente desde el 29 de diciembre de 2008. El “Acuerdo por el que Establece una Asociación entre la Unión Europea y sus Estados Miembros por un lado y Centroamérica, por otro” incluye a Panamá y rige desde 2013, con distintas fechas para cada uno de los países del istmo. Sin embargo, tres años después, en junio de 2016, durante la Tercera Reunión del Comité de Asociación, los viceministros de los países centroamericanos instaron a la UE a avanzar en la aprobación de los pilares no comerciales: el político y el de cooperación, cuya ratificación estaba todavía pendiente en once países miembros. El “Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros por una Parte y Colombia y Perú por otra” se encuentra en vigor entre la UE y Perú desde el 1 de marzo de 2013 y entre la UE y Colombia fue aplicado provisoriamente por Colombia desde el 1 de agosto de 2013, aunque al haberse pronunciado favorablemente con posterioridad la Corte Constitucional de este país, dicha vigencia debió confirmarse por Decreto fechado el 5 de noviembre de 2014. A su vez, el “Protocolo de Adhesión del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una Parte y Colombia y el Perú, por otra, para tener en cuenta la Adhesión de Ecuador” se publicó en el Diario Oficial de la UE el 24 de diciembre de 2016 y está vigente bajo el status de aplicación provisional desde el 1 de enero de 2017. El Acuerdo de Asociación entre Chile y la Comunidad Europea rige desde el 1 de febrero de 2003. El “Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros” se encuentra en vigor desde el 1 de octubre de 2000, habiéndose iniciado un proceso de renegociación del mismo y cuya cuarta ronda culminó a fines de junio de 2017 en ciudad de México.



como al invocar el conocido lema “trato especial y diferenciado” (TED). Al extender el campo de aplicación de esos posicionamientos, pueden producirse efectos contraproducentes para el mismo PED al que supuestamente habrían de beneficiar.

Por ejemplo, cuando en los textos se instalan los principios de no discriminación (nación más favorecida (NMF); trato nacional (TN), ya sea explícitamente o a través de genéricas remisiones a los Acuerdos de la OMC, precisamente por su falta de graduación pueden agudizarse aún más las disparidades estructurales entre las economías nacionales involucradas. Pero también puede ser desaconsejable caer en el extremo opuesto y, por ejemplo, bajo el TED aspirar a que la contra-Parte, cuando es un PD, reconozca la legitimidad de los obstáculos erigidos al acceso a los mercados propios de bienes que, paradójicamente, son materias primas, insumos o bienes de capital requeridos por las actividades productivas locales. En unos y otros casos las condiciones bajo las cuales opera la economía global hacen que tanto las remisiones a los principios de la OMC como las restricciones fundadas en un TED generen efectos adversos o indeseables hasta el punto de invalidar los beneficios perseguidos por PED a través de una laboriosa negociación para obtenerlas. A propósito de esas condiciones bajo las cuales opera la economía global, es cada vez más estrecho el margen del que disponen los PED para soslayar los desafíos de las interrupciones tecnológicas. En tal sentido, los TED pueden en muchos casos resultar “salvavidas de plomo”.

En suma, frente a la supuesta consistencia lógico-formal que inspiran tanto los principios multilaterales como el TED “a todo evento”, los PED deberían anteponer una pretensión pragmática de tipo “correctivo”, en el sentido de atender casuísticamente a los desequilibrios y a la necesidad de alinear el campo de juego en la mayor medida posible. Con esta finalidad no tendrían que plantearse posiciones negociadoras aplicables *in totum* al conjunto de líneas del nomenclador arancelario dentro de un mismo sector o rama de la actividad económica. Precisamente, la casuística que caracteriza a los TLC favorece la posibilidad de formalizar “medidas disconformes” respecto de los principios generales establecidos para cada tema y que no necesariamente deben guardar consistencia lógico-formal abarcadora de toda una misma materia negociada. Lo demuestran las abundantes “medidas disconformes” que los PD suelen desgranar en sus extensas nóminas de actividades, organismos, bienes y servicios exceptuados de los compromisos asumidos



dentro de los distintos capítulos de sus TLC, fijando así límites infranqueables que a su vez se justifican invocando las legislaciones internas preexistentes<sup>2</sup>.

En esta línea, con frecuencia resulta improductivo el recelo demostrado por los gobiernos de países latinoamericanos ante la presión del sector privado. Es paradójico, pero en no pocas ocasiones una lectura cuidadosa de dichos planteos privados permite descubrir nichos en los propios mercados y a los que, independientemente de las demandas sectoriales, el interés público aconseja sostener. Y otras presentaciones sectoriales señalan particularidades en los mercados a los que se procura conquistar, pero cuyo aprovechamiento requiere la incorporación en los textos normativos de regulaciones ad hoc que los funcionarios gubernamentales desconocen o minimizan.

En síntesis, tendrían que ser cuidadosamente ponderadas tanto las demandas de PED al perseguir la consagración de un régimen basado en la no-discriminación como al invocar en su favor TED. Y en esa tarea el trabajo de negociación debe ser encarado sistemáticamente, en tanto las concesiones obtenidas en una sección o capítulo del TLC pueden ser menoscabadas o directamente resultar inoperantes si no son complementadas por disposiciones contenidas en otras secciones o capítulos. La experiencia indica que a los representantes de PED sentados a las mesas de negociación todavía les resulta difícil ponderar las implicaciones de las concordancias normativas internas en un TLC. Seguramente debido al déficit de capacitación, los negociadores de PED no suelen trabajar de manera sincronizada, pautando su interacción como deberían hacerlo, sobre la base de los reenvíos normativos. Este mismo déficit explica que, durante las tratativas, frecuentemente se vayan “cerrando” (perfeccionando) los acuerdos en los

---

<sup>2</sup> La mansa aceptación por los países en desarrollo de estas asimetrías, invita a reflexionar sobre la disposición característica del sujeto colonizado: convalidar los hechos consumados en su perjuicio. En tal sentido, la ostensible disparidad entre las más numerosas “medidas disconformes” presentadas por países desarrollados frente a las expuestas por países en desarrollo dentro de los mismos TLC, suena como triste “remake” de la cláusula del abuelo (“grandfather clause”) incorporada en el Protocolo de Aplicación Provisional del GATT (1947) y Protocolos ulteriores de Adhesión y que beneficiaron entonces más ostensiblemente a Estados Unidos de América que a otros países desarrollados. Esta grosera desigualdad que fijaba la aplicación de la Parte II (artículos III a XXIII) sólo en la medida de su compatibilidad con la legislación nacional en vigor, fue cancelada por el artículo XVI del Acuerdo de Marrakech por el que se estableció la Organización Mundial del Comercio (XVI. 4: “Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos”). Pero la cláusula del abuelo reaparece solapadamente dentro de los TLC a través de los extensos listados de reservas alusivas a las legislaciones nacionales en los Estados de mayor desarrollo relativo que, al confrontarlas con la menor extensión de los listados que presentan otras Partes de menor desarrollo relativo, marcan asimetrías en el punto de partida que todavía no han merecido un cuestionamiento generalizado.



distintos capítulos, uno a uno, sin reparar en aquellos reenvíos que son propios de un entramado normativo caracterizado por: (a) la posible intersección parcial de disciplinas (como es el caso del problema para deslindar cuestiones relativas al comercio de servicios respecto de actividades vinculadas a inversiones extranjeras directas); y (b) disciplinas transversales, que atraviesan todo el espectro normativo (como es el caso de las regulaciones sobre pagos internacionales; transparencia; cooperación).

En consecuencia, parece útil repasar algunas de estas cuestiones al menos a propósito de las actuales negociaciones MERCOSUR-UNIÓN EUROPEA y con vistas a elevar la mira para futuros compromisos y de ese modo propender a una inserción inteligente de los países latinoamericanos involucrados dentro de la economía global. Al respecto, en este trabajo se formulan distintas sugerencias en el orden que sigue:

- (a) Atender cuidadosamente a la concordancia de la normativa desplegada en toda la extensión del TLC que se negocia.
- (b) Sortear la tentación de sacralizar principios y criterios basados en la “no discriminación” y que como es sabido sustentan los compromisos comerciales asumidos dentro de la esfera multilateral;
- (c) Apreciar los efectos, favorables en unos casos y contraproducentes en otros, susceptibles de ser producidos por distintos TED que pudieran obtenerse a título de excepción, atendiendo a su posible impacto sobre las actividades productivas internas que se procura promover con ellos;
- (d) No circunscribir los requerimientos y pretensiones apuntando exclusivamente a los actuales términos y condiciones del intercambio comercial (oferta exportable), a las inversiones ya localizadas ni a las transferencias tecnológicas habituales. En cambio, considerar cuáles serían las mejores condiciones –o al menos, las menos onerosas, para ir alineando las actividades económicas internas a las transformaciones tecnológicas en ciernes.

Más abajo se formulan propuestas normativas para cada uno de los aspectos indicados, independientemente de su nivel de receptividad por los acuerdos celebrados entre países latinoamericanos y caribeños, por un lado, y la UE por el otro. Resguardados los compromisos multilaterales, las tratativas para concertar TLC no tienen que ajustarse a reglas ni usos preestablecidos. Por el contrario, la experiencia indica que, cabalgando



sobre la creciente complejidad de los procesos económicos y comerciales, la materia negociada debería tender a desmenuzarse predominando el pragmatismo en desmedro de los purismos técnico-jurídicos. En este camino, los beneficios derivados de una mayor minuciosidad, desagregación y ajuste de los términos de negociación a condiciones productivas cambiantes, no tendrían por qué seguir siendo acaparados por los PD con la pretensión de convalidar sus regulaciones internas preexistentes.

#### **I. IMPORTANCIA DE LOS ASPECTOS NORMATIVOS Y SU SISTEMATIZACIÓN EN LOS TLC**

Los países del MERCOSUR y la Unión Europea han mantenido negociaciones tan extensas como ríspidas con vistas a la formalización de un instrumento que, más allá de su denominación final, con respecto a los compromisos económicos y comerciales debía tener las características de los TLC. Quizás sea este un caso paradigmático, precisamente por el largo tiempo insumido en las tratativas, alrededor de temas que han concentrado las preocupaciones de los PED intervinientes: las concesiones comerciales en juego. Si bien ante la extraordinaria proliferación de TLC cabría presumir una difusión del conocimiento sobre sus mecanismos regulatorios, en la práctica distintos países latinoamericanos no han sabido atender debidamente a esos sistemas normativos. Prevalece una suposición infundada según la cual todo lo no cuantificable representa un conjunto de residuos normativos que se repetirían como un calco en múltiples TLC y que en definitiva resultarían inoperantes. Sin embargo, las primeras experiencias de los mismos PED al aplicar TLC cuya normativa negociaron con semejante ligereza, demuestran con creces que con respecto a las regulaciones abundan las variantes para cada tema y que en todo caso la elección de una u otra solución normativa trae aparejada consecuencias propias, afectando las concesiones comerciales trabajosamente negociadas.

#### **A. Prevención inicial: lo que implica la prematura instalación de textos “consolidados” o “acordados”**

Al momento de preparar la ponencia que sirvió de base para el presente trabajo (setiembre de 2017), en las ajetreadas negociaciones MERCOSUR- Unión Europea era inminente -si es que ya no hubiera ocurrido, aunque parcialmente- la denominada “consolidación” de textos normativos en disputa. Si esta calificación refleja el significado



que usualmente se le asigna, entonces ya no habría lugar para nuevas pretensiones y propuestas. El debate quedaría circunscripto a los elementos incorporados en dichos textos al momento de la referida “consolidación”.

La voz “consolidar” no es muchas veces la elegida. En su lugar puede hacerse referencia, bajo el mismo sentido, a “textos acordados”, para indicar que en determinadas materias negociadas las Partes dan por concluidas exitosamente las tratativas y quedan a la espera de completar sus coincidencias sobre otros textos para cerrar definitivamente la fase de negociación. No hay diferencias entre una y otra calificación, porque en ambos casos queda lesionada la misma doctrina del “*single undertaking*” (nada estará definitivamente acordado hasta que todo lo esté). En efecto, si aparecieran contradicciones o incoherencias entre los textos ya acordados y las pretensiones de una Parte sobre los restantes, todavía en disputa, a esta Parte sólo le quedaría la opción de aceptar tales contradicciones o incoherencias o bien retirarse de la negociación.

Más allá del resultado final de estas tratativas MERCOSUR-UE, las preguntas deberían haber apuntado a dos cuestiones cruciales: ¿reflejaban los textos presuntamente consolidados las principales demandas expuestas dentro de cada uno de los Estados del MERCOSUR a propósito de los compromisos a ser contraídos? Si no hubiera sido así, ¿responderían satisfactoriamente tales cláusulas, de ser finalmente adoptadas, a los objetivos señalados por sus ponentes al momento de presentarlas?

Ambos interrogantes daban por supuestas, a su vez, dos circunstancias que en este caso no parecían del todo verosímiles, a saber: que se habían llevado a cabo efectivamente rondas de consultas, involucrando a las representaciones políticas en los respectivos parlamentos, así como a las agremiaciones empresariales y sindicales y a distintas expresiones de la llamada “sociedad civil”. ¿Ocurrió tal cosa?<sup>3</sup>. Si hubiera tenido lugar esta fase previa de consultas –aún con la mayor discreción y reserva, dado que no se tuvo noticia de ellas-, quedaba por verse cuáles habrían sido los órdenes de prioridad sostenidos por los distintos interlocutores y cómo habrían sido recogidos y luego plasmados por los negociadores. En cambio, si las consultas en ámbitos políticos,

---

<sup>3</sup> Al revitalizarse la negociación MERCOSUR-UE, este autor advirtió a través de una nota periodística la perentoria necesidad de afrontar el desafío de concertación público-privada en la Argentina. Véase, al respecto: “Desterrar el fantasma del cuarto adjunto” en el suplemento Comercio Exterior del diario *La Nación* de Buenos Aires, 16 de febrero de 2016.



sociales, empresariales y gremiales no hubieran tenido lugar, nos encontraríamos en el peor de los escenarios para los países del MERCOSUR, urgidos a contraer compromisos económicos internacionales de amplio espectro. Recién luego de clausurarse las tratativas emergerían agrias disputas internas sesgadas por intereses corporativos y partidarios, habida cuenta que por el volumen y el detalle de lo acordado en un TLC con las características de los instrumentos negociados por la UE, iba a resultar casi imposible llevar a cabo discusiones racionales *ex post*. Por último, el pronunciamiento de aprobación o rechazo parlamentario quedaría entonces supeditado al peso de mayorías ocasionales.

#### **B. Cláusulas que habiliten la renegociación en caso de posible degradación del valor de concesiones, beneficios o ventajas. Reservas de integración**

Es preciso no perder de vista que los compromisos asumidos en un TLC pueden ser erosionados o vulnerados por las Partes que los han asumido sin que en principio ello pueda ser considerado un ilícito. La llamada “erosión” ocurre cuando el arancel aplicado a terceros países bajo la NMF se rebaja unilateralmente por una de las Partes y de ese modo son afectados los términos de reciprocidad que supuestamente justificaron las concesiones otorgadas a la contra-Parte sobre los productos desgravados. En cambio, la “vulneración” alude a mejores concesiones, beneficios o ventajas que una de las Partes otorga a favor de terceros países con posterioridad a la entrada en vigencia del TLC descolocando nuevamente aquellas concesiones negociadas.

Con respecto a la hipótesis de “erosión” se sobreentiende que si la desgravación bajo la NMF perfora el nivel de las concesiones negociadas en un TLC, éstas últimas deberían equipararse a dicha desgravación, dada la común membresía de las Partes respecto del GATT. De todos modos así lo aclaran muchos TLC, como el que vincula a Colombia, Perú y Ecuador con la UE: *“Sin en cualquier momento después de la fecha de entrada en vigencia de este Acuerdo, una Parte reduce su arancel aduanero de nación más favorecida aplicado, dicho arancel se aplicará sólo si es menor que el arancel resultante de la aplicación del Anexo I (cronograma de eliminación arancelaria)”* (artículo 22.3).

En cambio, en la hipótesis de “vulneración” de concesiones y a propósito de los aranceles, ya no se trata del manejo unilateral de dichos gravámenes “aplicados” o



vigentes dentro de la franja cuyo límite superior es el “consolidado” bajo la NMF negociada en el GATT. En cambio, la “vulneración” consiste en un perjuicio producido precisamente por la celebración de un compromiso que asume la Parte de un TLC pero frente a un tercer Estado y que en sí mismo consiste en otra excepción a la NMF. Aquí el objeto de reclamo por su contra-Parte del primer TLC apunta a equipararse a los beneficios otorgados al tercer Estado en el segundo TLC, reponiendo así los términos de reciprocidad que habían justificado la celebración del primero. En este punto conviene prestar atención a la disparidad estructural entre las Partes. En efecto: ¿es aceptable que un PD reclame la equiparación de mayores beneficios que pueda conceder un PED a terceros PED? La normativa multilateral parece ir en sentido contrario a esa pretensión, pues así se desprende del fundamento dado a las “áreas de preferencias” en favor tanto de PED como de los países menos adelantados (PMA) bajo la “cláusula de habilitación” (Decisión de las Partes Contratantes emitida en la Ronda Tokio, 1979). En otras palabras, el orden multilateral ya ha reconocido el derecho de los PED y PMA a negociar entre sí concesiones no extensivas a los PD. Por lo tanto, la equiparación de concesiones comerciales a favor de PD, en el marco de un TLC con PED, estaría violentando un criterio instalado multilateralmente. Sin embargo, nada impide que los propios PED y PMA suscriban semejantes cláusulas a favor de los PD con los que negocian sus TLC. Es el caso, por demás perverso, de UE-CARIFORUM, en tanto la Comunidad Europea se reserva el derecho de preservar sus preferencias frente a terceros países cuando los Estados de CARIFORUM incumplan el programa de liberalización o bien cuando celebren acuerdos de libre comercio con terceros países cuya participación en el mercado mundial de los productos involucrados fuese superior al 1% o 1,5%, según los casos (artículo 19 y concordantes)<sup>4</sup>.

(a) Un ejemplo de reserva de integración es la que ofrece el Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la UE. Considerando que la UE conforma un esquema de

---

<sup>4</sup> En el “Economic Partnership Agreement Between the CARIFORUM States, of the One Part, and the European Community and its Member States, of the Other Part”, la Comunidad Europea se reserva el derecho de preservar sus preferencias frente a terceros países cuando los Estados de CARIFORUM incumplan el programa de liberalización o bien cuando celebren acuerdos de libre comercio con países cuya participación en el mercado mundial de los productos involucrados fuese superior al 1% o al 1,5% según los casos. Y aún sin llegar a estos porcentuales, los Estados de CARIFORUM quedan obligados a ingresar a una instancia de negociación bilateral con la Comunidad Europea para preservar la cláusula de la nación más favorecida o acordar reajustes a las obligaciones contraídas en el Tratado, como resultado de resoluciones a ser adoptadas por el órgano de aplicación del mismo (“Joint CARIFORUM-EC Council”). Véanse al respecto las disposiciones del artículo 19 (“More favourable treatment resulting from free trade agreements”).



integración económica regional, en este caso la reserva de integración es justificadamente bilateral: *“Ninguna disposición de la parte IV del presente Acuerdo obligará a una Parte a extender a la otra Parte cualquier trato más favorable que se aplique a lo interno de cada una de las Partes como parte de su respectivo proceso de integración económica regional”* (artículo 351 párrafo 1). Esta fórmula es más contundente que la lograda frente a la UE por Colombia, Perú y Ecuador: *“Los derechos y obligaciones establecidas entre las Partes en este Acuerdo no afectarán a los derechos y obligaciones existentes entre los Países Andinos signatarios como Países Miembros de la Comunidad Andina”* (artículo 7.2).

- (b) Dejando a salvo aquella reserva de integración, debería contemplarse la posibilidad de insertar en un TLC provisiones destinadas a reabrir las negociaciones a instancias de un PED en virtud de la vulneración de concesiones por el PD que fuese su contra-Parte. Sin embargo, un buen ejemplo en la materia no surge precisamente de algún TLC celebrado entre PED y PD, sino en TLC cuyas Partes son PED, como es el caso del TLC concertado entre Chile y Perú: *“Si en cualquier momento una Parte reduce sus gravámenes arancelarios a terceros países, para una o varias mercancías comprendidas en este Acuerdo, procederá ajustar el gravamen aplicable al comercio recíproco de conformidad con las proporcionalidades establecidas (margen de preferencia regional) en los literales señalados en el párrafo 3, según corresponda”* (artículo 3.2 párrafo 5). ¿Por qué no habría de aplicarse una cláusula semejante como TED en favor de PED frente a sus contra-Partes PD en el marco de TLC celebrados entre países de ambas categorías?

Finalmente, obsérvese que los ejemplos más usuales están circunscriptos a la erosión y de la vulneración de concesiones “arancelarias”. Pero poco se ha hecho para poder afrontar, en TLC con PD, la erosión y vulneración por estos últimos de disposiciones que, sin ser arancelarias constituyen concesiones directas o indirectas a la contra-Parte a la hora de ponderar los términos de reciprocidad que justificaron su concertación. Por ejemplo, en distintos capítulos, tales como los de compras gubernamentales y comercio de servicios, incluyendo a los servicios financieros y a las telecomunicaciones, abundan excepciones que a veces son encuadradas como “medidas disconformes” y que constituyen verdaderas reservas de mercado reconocidas por una Parte (con mayor



frecuencia, PED) en favor de la otra (con mayor frecuencia, PD). Sin embargo, algunas de estas medidas disconformes son aceptadas en tanto “no discriminatorias”, motivo por el cual, si la Parte que hizo su reserva violara ese compromiso y ya no dejara constancia de la misma reserva en sus TLC con terceros países, ofreciendo así un mercado que supuestamente debía estar vedado, estaríamos entonces ante una asimetría sobreviniente que podría ser objeto de reclamo por la otra contra-Parte del anterior TLC con el objeto de recomponer los términos de reciprocidad. ¿Pero qué ocurre con las “medidas disconformes” no resguardadas por compromisos de no discriminación? Ante semejantes eventualidades y frente a la dificultad para prever las modificaciones en la política comercial, económica y financiera que pudieran adoptar las Partes con posterioridad a la entrada en vigencia del TLC, se impone la necesidad de contemplar pormenorizadamente en todos los TLC, la fijación de criterios y procedimientos para la evaluación periódica de resultados. En esta línea, debería considerarse muy especialmente la manera de evaluar los perjuicios derivados de las eventuales alteraciones producidas en el “status” jurídico y en las atribuciones y competencias fijadas en los TLC al catalogar las actividades de distintos entes públicos y semipúblicos bajo aquellas “medidas disconformes” (por ejemplo, cuando distintas entidades públicas o semi-públicas presentadas por PD ante PED en un TLC como beneficiarias de un status excepcional, fuesen ulteriormente privatizadas y expuestas a las condiciones de libre competencia).

## **II. IMPLICACIONES DE LA TRANSPOSICIÓN A ULTRANZA DE PRINCIPIOS Y CRITERIOS MULTILATERALES**

Los PED tienden a suscribir acriticamente y, por lo tanto, a descontextualizar los principios y criterios multilaterales que en última instancia reposan sobre un postulado de igualdad jurídica. Esta proclividad al autoengaño se justifica históricamente, porque la no discriminación fue conquistada y reconquistada en los foros internacionales una y otra vez frente a la recurrencia de ciclos signados por la arbitrariedad y el sometimiento<sup>5</sup>. Pero

---

<sup>5</sup> Las modestas prescripciones multilaterales del GATT 1947 prácticamente supeditadas a la negociación arancelaria no pudieron contener la danza desatada por un ritmo cada vez más febril de reproducción del capital. La expansión de mercados y la concentración de la propiedad y control de los medios de producción ya giraban a la vista de todos en un abrazo mutuo que desde entonces parece realimentarse sin pausa. Fue así que los tiempos de la segunda posguerra estuvieron marcados por batallas comerciales para la captura y regulación de los mercados, pero bajo la ley del más fuerte, sin otras mediaciones. Con prácticas extorsivas



pasadas apenas dos décadas de multilateralismo bajo la insignia de la OMC, **otra vez la aceleración de los procesos de reproducción del capital ha sobrepasado las posibilidades de contención normativa que ofrecen los acuerdos negociados bajo la égida del principio de no discriminación.** La proliferación de los TLC da cuenta de ello. Los símbolos del momento son: “OMC +” y “OMC x”. El primero indica la necesidad de negociar a escala intergubernamental y con mayor especificidad y precisión las materias que presuntamente han sido contempladas a nivel multilateral, pero ahora sin poder ajustarse a las condiciones de producción prevalecientes. Y el segundo símbolo indica la necesidad de negociar las cuestiones que directamente no han logrado el abordaje multilateral, por la dispersión o el entrecruzamiento de intereses inconciliables. En síntesis, estos símbolos expresan la necesidad perentoria que tienen los Estados nacionales para focalizar las tratativas con otros Estados nacionales antes que sus estructuras productivas y, por ende, sus poblaciones, sean arrastradas a la marginalidad por las sucesivas oleadas tecnológicas<sup>6</sup>. En este marco, los países que procuran

---

se impusieron compromisos tales como los destinados a la auto-restricción de exportaciones (“*voluntary export restraints*”) y al establecimiento de límites en el acceso a los mercados (“*orderly marketing arrangements*”). Las legislaciones internas, tanto de Estados Unidos de América (EUA) como de la Comunidad Europea (CE), convalidaron estas prácticas a través de provisiones que auto-legitimaban la adopción de represalias comerciales (en EUA “*U.S. Trade Act Section 301*” de 1974 y luego reforzada por un mecanismo de retaliación cruzada, inicialmente a través de la “*U.S. Trade Act Section Super 301*” de 1988; y en la CE “*Regulation 2641/84*”). Dichas prácticas, encuadradas por la imagen brumosa de una denominada “zona gris”, contribuyeron a ordenar las corrientes comerciales y de inversión durante buena parte de la década del setenta (la Ronda Tokio comenzó en 1973 pero sus resultados se formalizaron recién en 1979); y también en la década comprendida por el segundo quinquenio de los ochenta y el primero de los noventa (la Ronda Uruguay se abrió en 1986 y finalizó en 1994). Así, la paz y concertación multilateral pareció llegar recién con la puesta en vigencia de los acuerdos de la OMC en 1995, cuyo significado surge de algunas frases incidentales, como las contenidas en los párrafos 1 y 3 del artículo 11 del Acuerdo sobre Salvaguardias: “...ningún Miembro tratará de adoptar, adoptará ni mantendrá limitaciones voluntarias de las exportaciones, acuerdos de comercialización ordenada u otras medidas similares respecto de las exportaciones o las importaciones (...) Los Miembros no alentarán ni apoyarán la adopción o el mantenimiento, por empresas públicas o privadas, de medidas no gubernamentales equivalentes a las medidas a que se hace referencia...” Las expectativas parecían haber tenido el eco esperado, porque los acuerdos multilaterales de la OMC, de aplicación obligatoria en todos los Estados Miembros, cubren desde entonces todas las políticas comerciales y otras políticas relativas a procedimientos, protección sanitaria, reglamentos técnicos, propiedad intelectual e inversiones vinculadas al comercio. Y el remozamiento del Sistema de Solución de Diferencias a través de una secuencia de mecanismos de coerción progresiva, reforzó el imaginario colectivo acerca de la existencia de una especie de “comunidad” económica internacional. Es así que ya casi nadie tiene memoria de los tiempos en los que las relaciones económicas internacionales transcurrían dentro de la “zona gris”.

<sup>6</sup> Sin embargo en este documento se prefiere hacer referencia genérica a un estatus “OMC-plus” en lugar de distinguir entre temas “no abarcados” por la OMC (que serían aquéllos individualizados como “OMC X”) y temas abarcados pero susceptibles de ampliación o profundización (que serían aquéllos individualizados como “OMC +”). Precisamente con motivo de la volatilidad conceptual que está contaminando las negociaciones multilaterales, esa misma distinción podría contribuir a mayores confusiones. Véase: Horn, H.; Mavroidis, P.C.; and Sapir, A: “Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements”, Bruegel Blueprint Series, Brussels, Belgium 2009.



formalizar TLC, plantean las ofertas y demandas dentro de una diversidad tal de concesiones y regulaciones que, aunque la materia arancelaria no pueda encauzarse por fórmulas y en cambio se atomice, en todo caso tampoco puede reducirse a valores de un intercambio fragmentado. Las negociaciones se supone que son sistemáticas en el sentido que han de tener en cuenta todos los ítems vinculados por las cadenas de valor y distintos tipos de regulaciones a ser acordadas entre las Partes con vistas al aprovechamiento de cada concesión en particular. Los resultados de la negociación tendrán entonces para cada Estado Parte un “valor” genérico, pero sin poder ser cuantificado con precisión al momento de finalizar las tratativas y, menos aún, sin elementos como para intentar análisis prospectivos. Así se justificará -o no- la suscripción del compromiso intergubernamental como un conjunto. Para estimar ese valor, todas las ofertas presentadas por cada Parte con relación al acceso a su mercado, serán embolsadas y ponderadas por la otra Parte en relación a sus propias demandas de acceso.

En resumen, la proliferación de TLC representa una búsqueda impudosa pero inevitable de vías de concertación que son alternativas a las multilaterales y que por sí mismas desacreditan el tradicional axioma que había permitido renovar primero a través del GATT y luego con la OMC, aquel tradicional sustento doctrinario a la igualdad jurídica en las relaciones económicas internacionales, esto es, la teoría de las ventajas comparativas<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Las “concesiones” negociadas en los TLC deberían ser concebidas como un intercambio de “renuncias” al derecho a la protección de los respectivos mercados, de modo que por su entidad desmienten (en lugar de confirmar) las suposiciones ideológicas acerca del libre comercio en la economía global. Lo desmienten porque son aperturas “negociadas” y porque, además, están acompañadas de profusas nóminas de excepciones, salvedades y reservas de mercados (que, entre otras, reciben la denominación de “medidas disconformes”) sobre las cuales las Partes se reconocen mutuamente la legitimidad de su preservación. Así, en el marco de negociaciones intergubernamentales como las apuntadas, la apertura del mercado interno a favor de cualquier bien tangible o intangible o el compromiso para el acceso de capitales en principio tiene un valor desde el punto de vista del Estado concedente, no porque represente alguna deseada optimización de recursos, sino porque constituye el motivo de intercambio para el acceso de los mismos u otros bienes o servicios o capitales a los mercados de países con los que se acuerdan tales concesiones, ventajas o beneficios. Y de todos modos resulta muy difícil determinar el valor –en términos de reciprocidad- para cada bien o servicio considerado aisladamente. Además de una cuestión de formato (no suelen asumirse compromisos comunes frente a terceros mercados, como en cambio es de rigor en las uniones aduaneras), cualquiera de las concepciones relativas a la creación y desvío de comercio difícilmente pueda encontrar puntos de referencia para justificar expectativas o estimaciones previas. Lo impiden las intempestivas y abruptas interrupciones tecnológicas que involucran a las cadenas de valor. Estas constataciones han sepultado al pensamiento neoclásico sobre las ventajas comparativas y el “costo de oportunidad”, que presumían de racionalidad económica. No ha transcurrido demasiado tiempo desde aquel documento de M. Porter: “The Competitive Advantage of Nations”, Harvard Business Review, march-april 1990. Para una



Es este un campo resbaladizo donde se siguen blandiendo, ante los ojos del mundo en desarrollo, principios correspondientes a un ordenamiento en retirada. Las trampas están plantadas en las mismas negociaciones orientadas a la formalización de TLC y los PED suelen caer en ella. Por ejemplo:

### **A. Reclamo de PD para la libre circulación sub-regional**

Cuando negocia plurilateralmente con países en desarrollo (PED) que a su vez están articulados por compromisos sub-regionales, la UE suele reclamar la libre circulación de bienes y servicios originarios de la UE en toda la extensión territorial sub-regional.

En la medida que los países que integran los formatos subregionales no hubieran armonizado convenientemente sus políticas económicas, comerciales, sanitarias y fitosanitarias, así como sus reglamentos técnicos, una garantía de libre circulación puede resultar inviable o, al menos, conflictiva<sup>8</sup>. En el caso del MERCOSUR las limitaciones a la libre circulación intra-MERCOSUR podrían justificarse por motivos comerciales cuando no coincidieran las concesiones, ventajas o beneficios otorgados por los distintos países de la subregión a la UE y tales asimetrías afectarían a la actividad productiva del país o países más reticentes. Y con respecto a los compromisos para la armonización de estándares de inocuidad, seguridad, calidad o protección ambiental dentro de la subregión, habría que deslindarlos, uno a uno, y no caer en la engañosa ilusión que suele acompañar la concertación de obligaciones genéricas para armonizar estándares con alcance subregional a mediano o aún a largo plazo.

Sería entonces indispensable desactivar, frente a la UE, todos los posibles efectos adversos debidos a la insuficiente armonización de estándares al interior del

---

síntesis conceptual de los principales hitos en derredor de la creación y desvío de comercio, véase el trabajo de Alfredo Guerra Borges "Sobre la teoría neoclásica de la integración" editado en 2003 por el sitio web [www.eljournal.unam.mx](http://www.eljournal.unam.mx)

<sup>8</sup> La armonización subregional de procedimientos aduaneros, regulaciones en materia de obstáculos técnicos al comercio y medidas sanitarias y fitosanitarias, lejos de haberse perfeccionado como paso previo a la vigencia del Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la UNIÓN EUROPEA, ha sido motivo de una cuidadosa programación en el Tratado (artículos 304, 305 y 306) y luego ha dado lugar a la confección de agendas de implementación dentro del Subsistema de Integración Económica Centroamericana. El autor examinó dichas cuestiones en "Los acuerdos de países latinoamericanos con la UNIÓN EUROPEA: desafíos para la armonización de procedimientos aduaneros, obstáculos técnicos al comercio y medidas sanitarias y fitosanitarias", Boletín Informe Integrar número 90 del Instituto de Integración Latinoamericana de la Universidad Nacional de La Plata, abril de 2015.



MERCOSUR. En consecuencia, no podría estar incondicionalmente garantizada la libre circulación de bienes y servicios importados desde la UE. Asimismo, el derecho a limitar la circulación subregional de bienes y servicios debería estar amparado bajo el paraguas de un TED que, por lo tanto, impidiera la invocación de cláusulas de reciprocidad negativa (retaliaciones) por la UE para replicar con restricciones equivalentes y obstruir así la libre circulación en el mercado ampliado de la UE de bienes y servicios originarios de los países del MERCOSUR.

**B. Reclamo de PD para incorporar regulaciones de protección a la propiedad intelectual que superen los márgenes negociados multilateralmente (OMC-plus)**

Ante la insistencia de la UE para incorporar regulaciones de protección a la propiedad intelectual que superen los márgenes negociados multilateralmente (OMC-plus), en principio se justifica la oposición de países en desarrollo y por lo tanto su pretensión para ceñirse a las disposiciones multilaterales (ADPIC) debido a que aquellas extensiones suelen dar lugar a prácticas de acaparamiento por los titulares de derechos registrales.

Pero nada impide que tan justificada reticencia se complemente con la incorporación de cláusulas asertivas (OMC-plus) destinadas a impedir que la UE obstaculice la comercialización de bienes originarios del MERCOSUR modificados en su ingeniería genética

Otra vez aquí se trata de no caer en una posición extremista o “de principios” acerca del repudio a las regulaciones OMC-plus en materia de propiedad industrial.

Por un lado a los PED no les resulta conveniente adherir a las concertaciones internacionales que refuerzan (OMC-plus) la protección de la propiedad intelectual consagrada multilateralmente. En tal sentido, el lenguaje utilizado en ADPIC-TRIPS abre, por su deliberada indeterminación, un campo de acción que la legislación y jurisprudencia en los países en desarrollo pueden utilizar en beneficio de la salud pública y de la difusión social de innovaciones tecnológicas. De ahí la resistencia a suscribir compromisos internacionales que, de una manera u otra, incrementen la protección de los derechos adquiridos en materia de propiedad industrial más allá de las prescripciones



multilaterales<sup>9</sup>. Sin embargo, los mismos PED que resisten las presiones para suscribir dichos compromisos OMC-plus, por otro lado deben obtener determinados reconocimientos sobre los derechos de propiedad industrial relativos a su oferta exportable. En especial estos reconocimientos resultan indispensables para el acceso a los mercados de los países desarrollados importadores de sus productos primarios enriquecidos por aportes de la ingeniería genética. En particular, debería figurar el reconocimiento por la UE del derecho que asiste a los países exportadores del MERCOSUR para regular los alcances de la propiedad industrial en materia de biotecnología. Este es el caso típico de los productos agrícolas cuyas semillas son organismos genéticamente modificados, exportándose las mismas semillas, harinas, aceites u otros derivados. Esencialmente se trata de obtener reconocimiento del derecho para fijar, a través de la legislación interna en los países del MERCOSUR, los márgenes y excepciones para la imposición de regalías. Sólo contando con dichas previsiones normativas podrá garantizarse el acceso a mercados de la UE de bienes primarios enriquecidos por la ingeniería genética.

### III. ACERCA DEL TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO (TED)

En esta fase de la economía global es desaconsejable reclamar de manera sistemática un TED para eludir el desafío de la innovación tecnológica y, en general, para postergar indefinidamente la introducción de mejoras en las condiciones de competitividad. Poca o ninguna justificación merece el esfuerzo por obtener plazos más extendidos y aun engrosar las listas de excepciones y reservas de mercado con ese fin. En cambio, el TED debe apuntar al desarrollo de las condiciones que permitan alcanzar dichos estándares y así hacer jugar los compromisos internacionales como incentivos para la reconversión productiva.

Al respecto merece considerarse la conveniente inserción en los TLC de dispositivos de protección comercial y de dispositivos de promoción económica. Entre los primeros: (A)

---

<sup>9</sup> Las pretensiones de la UE para incorporar disciplinas OMC-plus en el Tratado con el MERCOSUR fueron recientemente advertidas por Carlos M. Correa: "Desafíos en el viaje presidencial", diario El Cronista, Buenos Aires, 7 de julio de 2017. El mismo autor, en numerosas publicaciones, examinó los márgenes de acción reconocidos por ADPIC a los países en desarrollo. Entre ellas, véase: "Los acuerdos de la Rueda Uruguay y las patentes", en diario La Ley, Buenos Aires, 10 de octubre de 1995; y "Acuerdo TRIPs. Régimen Internacional de la Propiedad Intelectual", ed. Ciudad Argentina, 1998.



salvaguardias comerciales “diferenciales”; y (B) medidas compensatorias extendidas. Acerca de los dispositivos de promoción económica, sería aconsejable: (C) la aceptación por la UE del uso de subvenciones a favor de territorios deprimidos en países en desarrollo como son los del MERCOSUR, mediante una excepción consentida al principio de trato nacional. Así:

#### **A. Salvaguardias comerciales diferenciales.**

Las salvaguardias comerciales contempladas por los TLC incluyen a las “multilaterales” y las “bilaterales”. A su vez éstas últimas son, por un lado, las de alcance general en el sentido de “no sectoriales” y, por otro lado, las salvaguardias especiales que incluyen, usualmente, tratamientos comerciales defensivos para el sector agrícola y para el sector textil-indumentaria. En la mayoría de estos casos, cuando los TLC son celebrados entre PD y PED pueden haber TED a favor de éstos últimos:

- (i) Salvaguardias comerciales multilaterales: los TLC suelen reproducir la normativa multilateral incorporada al Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC, que limita la adopción de salvaguardias por PD que afecten exportaciones de PED de productos similares o competitivos respecto de los que dan lugar a la aplicación de dichas salvaguardias, cuando los referidos PED contribuyan en pequeña medida a la generación de los daños graves en el mercado del PD importador: *“No se aplicarán medidas de salvaguardia contra un producto originario de un país en desarrollo Miembro cuando la parte que corresponda a éste en las importaciones realizadas por el Miembro importador del producto considerado no exceda del 3 por ciento, a condición de que los países en desarrollo Miembros con una participación en las importaciones menor del 3 por ciento no representen en conjunto más del 9 por ciento de las importaciones totales del producto en cuestión”* (Acuerdo sobre Salvaguardias, 9.1). Este trato más favorable difícilmente pueda ser “mejorado” aún más en beneficio de un PED que suscriba un TLC con un PD, en el sentido de incorporar al TLC un aumento en el porcentaje mínimo de participación en las exportaciones del PED con destino al PD que adopta las medidas, en comparación al porcentaje contemplado por el Acuerdo sobre Salvaguardias, para que el



PD pueda de manera legítima extenderle la salvaguardia comercial multilateral. En efecto, parecería que, tratándose de salvaguardias comerciales multilaterales, en tanto regladas por el principio de no discriminación, un mejor trato a favor de determinados PED podría ser objetado con éxito por otros PED, no signatarios de los TLC de referencia. A éstos últimos les bastaría con invocar el principio de no discriminación ante el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC. Adicionalmente, en algunos TLC los PED cuentan, frente PD en calidad de contra-Partes, con un criterio de ponderación cualitativo expuesto a través de una cláusula de estilo, según la cual el PED debería quedar a salvo de cualquier salvaguardia multilateral adoptada por el PD si las mercancías originarias de aquél representaran una parte no sustancial de las importaciones del PD causantes de daño.

- (ii) Salvaguardias comerciales bilaterales y genéricas (no sectoriales): como es sabido, en la mayoría de los TLC las salvaguardias de este tipo son admitidas sólo durante la primera etapa de vigencia del mismo, catalogada como “período de transición”. Se caracteriza, también usualmente, al referido período de transición, como un plazo contado a partir de la entrada en vigencia del TLC y que únicamente puede ser extendido respecto de aquellos productos negociados en la medida que no hubieran sido desgravados en su totalidad al completarse dicho plazo (así, véase el Acuerdo de Colombia, Perú y Ecuador con la UE, nota al pie del artículo 48.2). Ahora bien, semejantes disposiciones son el resultado del propio Tratado y nunca de prescripciones multilaterales. Por lo tanto, nada impide que sean modificadas en mérito del TED que puedan invocar fundadamente los PED para las importaciones de productos negociados en sus TLC con PD. Esto implicaría la incorporación de dos modalidades de TED en favor de los PED ante sus contra-Partes: (a) suprimir aquel límite representado por un “período de transición” para las salvaguardias comerciales bilaterales que pudiera adoptar un PED afectado por la importación de bienes negociados; y también (b) suprimir aquel otro límite,



representado por la prohibición de aplicar salvaguardias cuando los bienes negociados estuvieran totalmente desgravados por los PED. Semejantes TED no violentarían en modo alguno la integridad de las concesiones otorgadas, debido a que, como también se sabe, dichas salvaguardias comerciales bilaterales pactadas en los TLC se caracterizan, a diferencia de las multilaterales, por el muy corto plazo de aplicación: en la mayoría de los casos, sumando la prórroga, no pueden exceder de dos años calendario.

- (iii) Salvaguardias comerciales bilaterales y sectoriales o especiales: todas ellas presentan como característica definitoria un nivel de activación automático (llamado por los agentes comerciales “disparador” o “cláusula gatillo”) para justificar su adopción. Y este disparador difícilmente puede ser objeto de cuestionamiento en la fase de aplicación del TLC, pues se trata de volúmenes de bienes o relaciones de precios preestablecidas minuciosamente en el mismo TLC para determinar así los excesos intolerables respecto de importaciones de bienes negociados en muchos casos bajo la forma de cupos. A la luz de la reciente experiencia del Ecuador en su Tratado con la UE con motivo de los cupos al banano, sería útil contemplar la posibilidad de dos modalidades de trato especial y diferenciado. La primera de ellas consistiría en obtener de los PD una limitación según la cual dichos disparadores podrían activarse durante sólo algunos meses del año calendario (que en el caso del Ecuador, respecto del mecanismo estabilizador para el banano, únicamente puede ser aplicado por la UE durante tres meses del año). La segunda modalidad consistiría en fijar una barrera temporal infranqueable (con efectos similares al período de “transición” en las salvaguardias bilaterales generales). Por ejemplo, se podría pactar que la salvaguardia especial sólo regiría durante los primeros dos o tres años de vigencia del TLC. Con respecto a esta última modalidad, en el mismo caso del Ecuador frente a la UE la cuestión no parece haber sido zanjada totalmente. Si bien la vigencia del mecanismo estabilizador para el banano está prevista sólo hasta finales



del año 2019, la UE hizo saber la adopción de un Reglamento comunitario por el cual queda a cargo de la Comisión evaluar, más allá de aquella fecha, eventuales situaciones de grave deterioro del sector, que pudieran dar lugar a una extensión del mecanismo. Frente a esa eventualidad, del lado ecuatoriano se aduce que en todo caso habrá de requerirse un acuerdo de Partes (“¿En qué consiste el mecanismo de estabilización del banano acordado con la Unión Europea y el reglamento de aplicación europeo?”, Comunicación del Ministerio de Comercio Exterior del Ecuador, sin fecha, publicado en [www.comercioexterior.gob.ec](http://www.comercioexterior.gob.ec)).

#### **B. Medidas compensatorias para gravar alimentos importados cuyas materias primas e insumos reciban en origen subvenciones específicas**

Como consecuencia del régimen fijado por el Acuerdo sobre la Agricultura (AsA) de la OMC, los PD pueden subvencionar hasta cierto punto las materias primas con las que luego elaboran alimentos que a su vez gozan de las concesiones otorgadas por países en desarrollo. A su turno, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC autoriza la defensa contra subvenciones dañinas sólo cuando tiene por objeto neutralizar subvenciones otorgadas en el país o países de la exportación a bienes “similares” a los producidos en el mercado interno del país importador afectado. Ahora bien, previéndose múltiples concesiones comerciales otorgadas por los países del MERCOSUR a la UE sobre alimentos elaborados y habida cuenta de las disparidades estructurales entre las Partes, ¿por qué no habría de reconocerse el derecho de los países del MERCOSUR para adoptar medidas compensatorias cuando las subvenciones fueran aplicadas en los citados PD sobre materias primas o insumos empleados en la elaboración de alimentos luego exportados al MERCOSUR merced a las concesiones negociadas? Admitiendo esta facultad se podrían entonces imponer medidas compensatorias sobre bienes “derivados” de aquellos beneficiados por subvenciones específicas. Aquí no debería interferir el argumento de la permisividad multilateral para justificar las subvenciones a productos agrícolas dentro de determinados márgenes regulados en el AsA. Hace años perimió la llamada “cláusula de paz” del AsA y por ende no se puede invocar esa regla para impedir la adopción de medidas compensatorias frente a subvenciones que distorsionen el comercio. En consecuencia, una cláusula que



habilitara medidas compensatorias diferenciales contra subvenciones otorgadas en la UE para producir materias primas e insumos de alimentos luego exportados bajo las concesiones negociadas, facilitaría los procedimientos administrativos en los países del MERCOSUR. En tal sentido, ya no tendría que demostrarse mediante fórmulas sofisticadas el valor representado por aquellas subvenciones a las materias primas e insumos dentro del precio final de los alimentos elaborados en la UE y luego beneficiados por concesiones comerciales de los países del MERCOSUR.

### **C. Legitimidad de las políticas de fomento a la producción en territorios deprimidos**

Los PED dotados de territorio extenso padecen desarticulaciones físicas que condenan a la marginalidad a diversas actividades productivas localizadas fuera de los circuitos troncales que conectan a cada país con el resto del mundo. Dichas actividades, usualmente caracterizadas como “economías regionales” suelen ser las primeras en sucumbir ante la exposición internacional. Más allá de las medidas en frontera acordadas a título de excepción a los programas de desgravación, convendría que la UE convalidara determinadas políticas de fomento a la producción de territorios deprimidos en los países del MERCOSUR donde tienen su asiento aquellas economías regionales. Si bien el orden multilateral vigente ha fijado la caducidad de este tipo de subvenciones (permitidas o “no recurribles”), en principio ello no parece impedir que en el marco de un TLC se declare un reconocimiento a la legitimidad de políticas de promoción tributaria, crediticia o administrativa a favor de determinados territorios deprimidos. En la práctica, semejante reconocimiento implicaría una renuncia al reclamo por la aplicación del “trato nacional” a favor de los bienes y servicios originarios de la UE que, al ingresar al mercado del país del MERCOSUR que aplicase las medidas de fomento deberían competir frente a los producidos en los territorios deprimidos y que por lo tanto fuesen beneficiados con las medidas de fomento regional. Se trataría entonces de plasmar una renuncia de la UE al derecho a invocar el trato nacional con respecto a bienes y servicios negociados en el TLC y que fueran a su vez beneficiados por determinadas políticas de fomento en territorios deprimidos dentro de los países del MERCOSUR<sup>10</sup> (10).

---

<sup>10</sup> El autor de esta ponencia presentó y fundamentó la propuesta descrita en el texto con motivo del III Simposio “Regionalismo: Estrategias de Inserción Global e Integración en un Mundo Cambiante” organizado por el Instituto de Integración Latinoamericana de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina, los días 17 y 18 de septiembre de 2015. El documento fue publicado en el libro “Latinoamérica: inserción global e



#### IV. LA SISTEMÁTICA JURÍDICA FRENTE A PROBLEMAS RELATIVOS A LA LEALTAD COMERCIAL Y A LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

##### A. Disposiciones destinadas a contrarrestar prácticas de deslealtad comercial en terceros mercados

Las exportaciones de *commodities* agrícolas cumplen en países como los del MERCOSUR un papel más que destacado como activos en su balanza comercial. Pero simultáneamente, debido a las insuficiencias estructurales del país, esas mismas exportaciones –básicamente el grano de soja y derivados directos- pueden constituir una fuente de recursos fiscales a través de los gravámenes a la exportación conocidos en Argentina como “retenciones”. Aquí aparece un problema con motivo de la puja por acceder a mercados: el desplazamiento a manos de las exportaciones de países desarrollados. Si bien las subvenciones a las exportaciones agrícolas fueron nominalmente prohibidas por la Conferencia Ministerial de la OMC de Nairobi a fines del año 2015, se conocen distintas maniobras elusivas a través de las cuales los países desarrollados pueden seguir practicando la deslealtad comercial, sin contar además con las eventuales maniobras de dumping por empresas de comercialización internacional de granos. Y bien: si un país como la Argentina pretendiera recurrir ante el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC para impugnar dichas maniobras, tendría un obstáculo insalvable en la medida que sus propias retenciones a la exportación pudieran ser consideradas como “restricciones”. Así, según el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC, no se considerará que los desplazamientos en terceros mercados sean susceptibles de generar un perjuicio grave cuando se presente la circunstancia de una “*prohibición o restricción de las exportaciones del producto similar*” por el país que invoca el perjuicio (Acuerdo citado, artículos 6.3 y 6.7).

Ahora bien: ¿cómo juegan los TLC a propósito de estos problemas? Al celebrar dichos compromisos con países frente a los cuales pudieran plantearse conflictos como el indicado, eventualmente la Argentina podría lograr la inserción de cláusulas que

---

integración regional” bajo la dirección y edición de Noemí Mellado, ed. Lerner, Córdoba, Argentina, 2016, con el título: “Consecuencias del despoblamiento rural y la desorganización social en América Latina”. La referida propuesta figura en el numeral 7 “A la búsqueda de mecanismos multilaterales y de integración económica que inhiban el desplazamiento y la desorganización social”.



desvincularan los aranceles a la exportación del derecho a reclamar por maniobras desleales que desplazaran sus bienes originarios en terceros mercados y de ese modo garantizarse un eventual respaldo en el marco del propio sistema de solución de controversias del TLC. Pero en cambio sería imposible superar el obstáculo jurisprudencial de la OMC cuando el TLC cancelase la opción de foro con respecto a cuestiones de deslealtad comercial y obligara a las Partes a recurrir al Sistema de Solución de Diferencias de la OMC. Esta no es una hipótesis académica: en el Tratado entre CHILE y la UNIÓN EUROPEA, la opción de foro, a diferencia de otros Tratados, no queda a criterio de la Parte que demanda (artículo 189). En cambio, se habilita una u otra vía según la índole de la disposición cuya materia es controvertida: si se trata de materias contempladas en los acuerdos de la OMC (aún por reenvío del Tratado a esas disposiciones), como son las relativas a la deslealtad comercial, no cabe sino el recurso ante el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC.

Así, con el objeto de impedir que los aranceles a la exportación (en Argentina, “retenciones”) sean invocados por la contra-Parte para neutralizar el reclamo por una eventual deslealtad comercial de ésta última irrumpiendo en terceros mercados, las cláusulas que pudieran insertarse en los TLC sólo tendrían operatividad si contaran con el respaldo de una opción de foro en manos de la Parte demandante.

#### **B. Previsiones para reducir el impacto generado por la actividad de empresas favorecidas por el reconocimiento de su posición dominante en determinados mercados**

Una cuestión crucial en el vínculo establecido entre PD y PED a través de TLC, es la relativa a las condiciones de la competencia comercial. En esta fase del capitalismo global parece inevitable que los Estados Partes de un TLC intercambien un reconocimiento “genérico” para el otorgamiento unilateral por cada uno de ellos de beneficios o ventajas indeterminadas a empresas –públicas, semipúblicas o privadas- según su propia legislación: *“Nada en este Acuerdo impedirá que una Parte establezca o mantenga monopolios públicos o privados y empresas del Estado de conformidad con su legislación”* (Tratado de Colombia, Perú y Ecuador con la UE, artículo 263.1). Sin embargo deben tenerse presentes sus consecuencias, esto es, la repercusión sobre una variedad de materias reguladas en distintos capítulos de los mismos TLC en la medida que tales



empresas pueden acaparar y por lo tanto distorsionar precios y condiciones en mercados internos o internacionales independientemente de lo que se regule en toda la extensión de la materia negociada por los referidos TLC. Es cierto que en la generalidad de los TLC aquel intercambio de reconocimientos aparece matizado con la exposición de tan amplias como difusas garantías (*“Con respecto a empresas del Estado y los monopolios designados, ninguna Parte adoptará o mantendrá medidas contrarias a lo dispuesto por este Título o que distorsione el comercio y la inversión entre las Partes”*, según el citado Tratado entre Colombia, Perú, Ecuador por una Parte y la UE por otra, artículo 263.3). En cualquier caso, ha de convenirse que, ante una puja por la conquista de mercados siempre llevan las de ganar aquellas empresas respaldadas por Estados con mayor grado de desarrollo relativo. La única vía para minimizar estas amenazas potenciales es la de habilitar para esta materia la opción de foro a criterio de la Parte que demanda y, si fuera posible, incluir como materia de competencia de los árbitros a las acciones predatorias que produzcan una anulación o menoscabo de derechos, beneficios o ventajas aunque no hubiera infracción (GATT, artículo XXIII). Por ese mismo motivo los PD se ponen cuidadosamente a resguardo. Así, en el citado Acuerdo entre Colombia, Perú y Ecuador frente a la UE, se alza una barrera infranqueable: *“Ninguna Parte podrá recurrir al mecanismo de solución de controversias establecido en el Título XII respecto de cualquier asunto que surja en relación con el presente Título”* (artículo 266). Por lo demás, es éste un obstáculo de estilo cuando los PD negocian con PED. Así, en el TLC entre CHILE y COREA se lee una cláusula similar: *“Ninguna Parte podrá recurrir a los procedimientos de solución de controversias (del mismo TLC) para cualquier asunto derivado de este Capítulo”* (artículo 14.9). De modo que frente a los perjuicios que pudieran ocasionar dichos monopolios o formaciones equivalentes, la contra-Parte afectada no tendrá recurso alguno. Ni siquiera podría accionar dentro del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC, porque como se sabe la política de competencia (a diferencia de la lealtad comercial, esto es, temas de dumping y subvenciones) hasta ahora no ha sido materia regulada por el ordenamiento multilateral.

En síntesis, la inclusión de una opción de foro para la Parte que reclama y, adicionalmente, la posibilidad de encuadrar ese reclamo bajo la figura de la anulación o menoscabo sin infracción, deberían ser objetivos prioritarios para los PED cuando negocian con PD los capítulos relativos a la competencia comercial.



## **V. ACERCA DEL VERTIGINOSO RECORRIDO DE LA ECONOMÍA GLOBAL Y LA NECESIDAD DE ANTICIPARSE A LOS CAMBIOS**

### **A. Cómo contrarrestar el desaprovechamiento de concesiones al sobrevenir transformaciones tecnológicas. Propuestas para una cooperación “vinculante”.**

En sus compromisos con la UE, los países latinoamericanos y caribeños no han sabido aprovechar comercialmente las ofertas de cooperación que han recibido, debido a hasta ahora la UE se ha esmerado en separar prolijamente esa cooperación respecto de la negociación comercial. Si en cambio dicha cooperación estuviera enlazada a las concesiones comerciales, podría cumplir una función reparadora frente a innovaciones tecnológicas sobrevinientes. En tal sentido, una modalidad apta para consagrar el nexo entre concesiones comerciales y cooperación, sería la de ponderar los casos de desaprovechamiento de las concesiones ante dificultades en la aplicación de innovaciones tecnológicas y más concretamente para actualizar estándares requeridos por los consumidores en la UE. El nexo entre cooperación y comercio podría pactarse a propósito de concesiones individualizadas, o bien a nivel sectorial; y su ponderación surgiría de una evaluación periódica de resultados, también incluida en los textos normativos. Adicionalmente, cuando el desaprovechamiento de las concesiones pudiera imputarse a la necesidad de innovar en la incorporación de materias primas, insumos o en los procesos productivos contemplados por los requisitos específicos de origen ya concertados, el mismo Tratado tendría que prever además la modificación de tales requisitos específicos de origen sin darle derecho a la UE a exigir una renegociación de los términos de reciprocidad.

### **B. ¿Trato especial y diferenciado (TED) sin una evaluación periódica de resultados?**

Cualquier tipo de reconocimiento sobre la necesidad de otorgar un trato especial y diferenciado para reducir las diferencias en los niveles de desarrollo, carece de sentido si no cuenta con el respaldo de una evaluación periódica de resultados. A su vez, a la luz de las constataciones surgidas en virtud de dichas evaluaciones deberían dispararse correcciones previstas por el mismo Tratado. Una evaluación periódica de resultados para



ser operativa tendría que contar con un acervo informativo a título de “base” para luego ponderar la evolución de los valores contemplados en la “base” a partir de la vigencia del TLC. En tal sentido, podría tomarse como referencia un período trienal anterior a la puesta en vigencia del Tratado para medir los flujos de comercio y la radicación de inversiones con respecto a la materia negociada. Si se registraran desvíos respecto de los márgenes de tolerancia preestablecidos para la oscilación de los valores recogidos por aquella “base”, procedería la adopción de una gama de medidas correctivas, desde la admisión de salvaguardias especiales hasta la revisión de concesiones. Estas metas no se satisfacen acudiendo a una cláusula de compromiso y de carácter programático. Por el contrario, debería disponerse de una normativa desplegada en toda la extensión del TLC, abarcando: el capítulo institucional (con respecto al procedimiento a seguir para ejecutar las evaluaciones periódicas); el capítulo de acceso a mercados (indicando, para los sectores, sub-sectores, bienes y servicios de mayor sensibilidad, cuáles serían los márgenes de tolerancia en la oscilación de los valores); el capítulo de salvaguardias (a fin de prever las características de las salvaguardias especiales correctivas); el capítulo de protección y promoción de inversiones (estableciendo los criterios a ser utilizados para ponderar eventuales modificaciones); y un capítulo, sección o anexo con previsiones destinadas a garantizar la máxima transparencia y objetividad de dichas evaluaciones periódicas.

## **VI. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES**

1. En los TLC sus términos de reciprocidad no están normativamente predeterminados, de modo que en el MERCOSUR debería promoverse un desempeño creativo de las distintas delegaciones nacionales para sostener sus posiciones. Las condiciones de interdependencia en la economía global potencian las disparidades estructurales preexistentes con los países desarrollados, pero a la vez abren un margen no desdeñable para negociar las condiciones de inserción. Sin embargo, al ensayar el mapeo de iniciativas con el objeto de obtener una reducción de asimetrías, los cuadros técnicos y de negociación de los países latinoamericanos y caribeños han venido demostrando una proclividad a errar en los criterios de interpretación, lo que resulta explicable por una recurrente actitud



defensiva frente a la propia condición de inferioridad en que se encuentran los países a los que representan.

2. La casuística que caracteriza a los TLC favorece la posibilidad de formalizar “medidas disconformes” respecto de los principios generales establecidos para cada tema y que no necesariamente deben guardar consistencia lógico-formal abarcadora de toda una misma materia negociada. Lo demuestran las abundantes “medidas disconformes” que los países desarrollados suelen desgranar en sus extensas nóminas de actividades, organismos, bienes y servicios exceptuados de los compromisos asumidos dentro de distintos capítulos y secciones, fijando así límites infranqueables que a su vez se justifican invocando las legislaciones internas preexistentes.
3. Muchas veces las demandas del sector privado –y contra las suposiciones del funcionariado- pueden contribuir útilmente para señalar cómo encauzar normativamente la protección de “nichos” en el mercado interno y la conquista de posiciones en los mercados de las contra-Partes. El escaso pragmatismo de nuestros gobiernos puestos a la tarea de afrontar negociaciones con países desarrollados y el déficit de información fidedigna para respaldar las tratativas, aconsejan una revisión de los prejuicios políticos a la hora de atender las pretensiones empresariales.
4. El excesivo apego a los principios multilaterales puede dar lugar a errores graves. Quizás el ejemplo más expresivo de esta des-contextualización gravosa sea el de países en desarrollo y, peor aún, menos adelantados, otorgando a países desarrollados con los cuales suscriben un TLC, el trato de la nación más favorecida que implica la equiparación, a su favor, de las mejores o mayores concesiones que los citados países en desarrollo y menos adelantados puedan realizar en el futuro a terceros países. En cambio, los PED y PMA que negocian TLC con PD están en condiciones de requerir, con fundamentos derivados de su propia condición: (a) por un lado, la inserción de reservas de integración económica regional o sub-regional o, en general, reservas para conceder mejores beneficios a otros PED y PMA respecto de los reconocidos a la contra-Parte cuando ésta última está catalogada como PD; y (b) por otro lado, la inclusión de una cláusula de renegociación para el caso que las concesiones obtenidas en un



TLC con PD resultaran vulneradas en virtud de concesiones, beneficios o ventajas que pudiera otorgar el PD a terceros países.

5. El MERCOSUR dista de ser una unión aduanera. Ello quedará una vez más en evidencia con motivo de las diferencias entre los Estados Parte a propósito del intercambio de concesiones y beneficios negociados con la UE y de las persistentes asimetrías intra-MERCOSUR en lo relativo tanto a las políticas macroeconómicas como en la regulación de los estándares a través de los cuales se condiciona el acceso a los respectivos mercados nacionales. Ante un cuadro de situación semejante, son inviables las garantías irrestrictas para el acceso al territorio del MERCOSUR entendido como mercado ampliado. De modo que las asimetrías intra-MERCOSUR, eventualmente potenciadas por compromisos disímiles a ser asumidos frente a la UE, justificarían las limitaciones a la circulación subregional de bienes originarios de la UE. Por lo demás, resultaría indispensable la concertación de cláusulas destinadas a impedir que tales restricciones sobre la libre circulación intra-MERCOSUR pudieran ser invocadas por la UE para la adopción de retaliaciones.
6. Es por demás atinada la resistencia de los PED a suscribir compromisos internacionales que, de una manera u otra, incrementen la protección de los derechos adquiridos en materia de propiedad industrial más allá de las prescripciones multilaterales. Sin embargo, los mismos PED que resisten las presiones para contraer dichos compromisos OMC-plus, por otro lado deben obtener determinados reconocimientos sobre los derechos de propiedad industrial relativos a su oferta exportable. En especial estos reconocimientos resultan indispensables para el acceso a los mercados de los países desarrollados importadores de sus productos primarios enriquecidos por aportes de la ingeniería genética. Así, en el Tratado MERCOSUR-UE debería figurar el reconocimiento por la UE del derecho que asiste a los países exportadores del MERCOSUR para regular los alcances de la propiedad industrial en materia de biotecnología. Este es el caso típico de los productos agrícolas cuyas semillas son en sí mismas organismos genéticamente modificados. Esencialmente se trata de obtener reconocimiento del derecho para fijar, a través de la legislación interna en los



países del MERCOSUR, los márgenes y excepciones para la imposición de regalías.

7. Habida cuenta de los plazos mucho más estrechos de los que contempla el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC, no se advierten obstáculos para que, dentro de TLC con PED, los PD como son los agrupados en la UE, reconozcan un beneficio diferencial a favor de dichos PED: la previsión de mayores plazos para prorrogar salvaguardias comerciales cuando así lo requiera el ajuste de la actividad productiva interna en estos países. Asimismo, nada impide que sean modificadas cláusulas de estilo incorporadas en los capítulos sobre salvaguardias de los TLC, en mérito del TED que puedan invocar fundadamente los PED para las importaciones de productos negociados en sus TLC con PD. Este mejor trato consistiría, por ejemplo, en la incorporación de dos modalidades de TED en favor de los PED ante PD en tanto contra-Partes: (a) suprimir el plazo representado por un “período de transición” que suele ser fijado como límite temporal para poder adoptar las salvaguardias comerciales bilaterales sobre los bienes negociados; y también (b) suprimir otro límite representado por la prohibición de aplicar salvaguardias cuando los bienes negociados estuvieran totalmente desgravados por los PED.
8. Los países del MERCOSUR son exportadores netos de materias primas e insumos alimentarios y simultáneamente aspiran a incrementar su oferta de alimentos elaborados. Pero al negociar con la UE precisamente deben otorgar concesiones comerciales sobre alimentos elaborados cuyas materias primas e insumos están subvencionados en los países de origen. Dadas las disparidades estructurales entre las Partes, ¿por qué no habría de reconocerse el derecho de los países del MERCOSUR para adoptar medidas compensatorias con el fin de neutralizar aquellas subvenciones de la UE a la producción de materias primas o insumos empleados en la elaboración de alimentos luego exportados al MERCOSUR merced a concesiones negociadas? Admitiendo esta facultad se podrían entonces imponer medidas compensatorias sobre bienes “derivados” de aquellos beneficiados por subvenciones específicas. En consecuencia, una cláusula que habilitara medidas compensatorias diferenciales contra subvenciones otorgadas en la UE para producir materias primas e insumos de alimentos luego



exportados bajo concesiones negociadas, facilitarían los procedimientos en los países del MERCOSUR destinados a contrarrestar las prácticas de deslealtad comercial. En tal sentido, ya no tendría que demostrarse mediante fórmulas sofisticadas el valor representado por aquellas subvenciones a las materias primas e insumos dentro del precio final de los alimentos elaborados.

9. Si bien el orden multilateral vigente ha fijado la caducidad de subvenciones (permitidas o “no recurribles”) destinadas a promover el desarrollo en zonas deprimidas, en principio ello no parece impedir que en el marco de un TLC se declare un reconocimiento a la legitimidad de políticas de promoción tributaria, crediticia o administrativa a favor de determinados territorios deprimidos. En la práctica, semejante reconocimiento implicaría una renuncia al reclamo por la aplicación del “trato nacional” a favor de los bienes y servicios originarios de la UE que, al ingresar al mercado del país del MERCOSUR que aplicase las medidas de fomento deberían competir frente a los producidos en los territorios deprimidos y que por lo tanto fuesen beneficiados con aquellas medidas internas de fomento.
10. La sistemática jurídica propia de los TLC se pone de manifiesto con motivo de cuestiones tales como la deslealtad comercial y la defensa de la competencia. Respecto de las maniobras desleales desplegadas por PD para desplazar en terceros mercados a las exportaciones agrícolas de PED, en un TLC se podría fijar la inaplicabilidad, entre esas mismas Partes, de la disposición multilateral que inhibe el reclamo cuando el Estado demandante restringe las exportaciones de bienes similares a las que son objeto de aquel desplazamiento (típico caso de aranceles o cargas fiscales aplicadas por PED sobre sus exportaciones tradicionales). Sin embargo, esta salvedad –que favorecería al PED- resultaría inoperante si no fuera complementada por una opción de foro en cabeza del Estado demandante.
11. En sus capítulos referidos a la defensa de la competencia, es muy frecuente dentro de los TLC un reconocimiento recíproco entre las Partes para dar legitimidad a posiciones dominantes de empresas radicadas en los respectivos territorios. Si bien abundan las aclaraciones acerca del compromiso de no entorpecer las condiciones de competencia, ante semejante reconocimiento debe esperarse que en la puja por la conquista de mercados siempre lleven las de



ganar aquellas empresas respaldadas por Estados con mayor grado de desarrollo relativo. La única vía para minimizar estas amenazas potenciales es la de habilitar una opción de foro a criterio de la Parte que demanda y, si fuera posible, incluir como materia de competencia de los árbitros las acciones predatorias que produzcan una anulación o menoscabo de derechos, beneficios o ventajas aunque no hubiera estrictamente infracción (modalidad contemplada por el GATT). Sin embargo, los PD son muy cuidadosos a la hora de negociar estos reconocimientos recíprocos: excluyen dichas regulaciones de la materia sometida a la competencia de los tribunales arbitrales y, por lo tanto, dejan sin recurso alguno a la contraparte afectada, en la medida que las cuestiones de defensa de la competencia no están abarcadas por las disposiciones multilaterales.

12. En sus compromisos con la UE los países latinoamericanos y caribeños no han sabido aprovechar comercialmente las ofertas de cooperación que han recibido, debido a que hasta ahora la UE se ha esmerado en separar prolijamente esa cooperación respecto de la negociación comercial. Si en cambio dicha cooperación estuviera enlazada a las concesiones comerciales, podría cumplir una función reparadora frente a innovaciones tecnológicas sobrevinientes. En particular, deberían contemplarse dos clases de dificultades que impedirían el aprovechamiento de las concesiones comerciales otorgadas por la UE y que por lo tanto justificarían la aplicación de acciones de cooperación financiera o técnica según previsiones del mismo TLC: la dificultad de los PED para actualizar los estándares requeridos por los consumidores europeos; y la dificultad para innovar en la incorporación de materias primas, insumos o en los procesos productivos contemplados por los requisitos específicos de origen concertados inicialmente, en cuyo caso el mismo Tratado tendría que prever acciones de cooperación sumadas a una revisión de dichos requisitos sin darle derecho a la UE a exigir una renegociación de los términos de reciprocidad.
13. El TED carece de sentido si no cuenta con el respaldo de una evaluación periódica de resultados. A su vez, estas evaluaciones se justifican sólo cuando dan lugar a correcciones útiles. En tal sentido, sería preciso disponer de un acervo informativo a título de “base” para luego ponderar la evolución de los valores contemplados en la “base” a partir de la vigencia del TLC. Al efecto, una normativa desplegada en



toda la extensión del TLC tendría que abarcar: el capítulo institucional (con respecto al procedimiento a seguir en las evaluaciones periódicas); el capítulo de acceso a mercados (indicando, para los sectores, sub-sectores, bienes y servicios de mayor sensibilidad, cuáles serían los márgenes de tolerancia en la oscilación de los valores); el capítulo de salvaguardias (a fin de prever las características de las salvaguardias especiales correctivas); el capítulo de protección y promoción de inversiones (estableciendo los criterios a ser utilizados para ponderar eventuales modificaciones); y un capítulo, sección o anexo con provisiones destinadas a garantizar la máxima transparencia y objetividad de dichas evaluaciones. Pero en este marco habría que fijar criterios de ponderación de daños no solamente atribuibles a la vulneración de concesiones comerciales. Debería también considerarse muy especialmente la manera de evaluar los perjuicios derivados de las eventuales alteraciones producidas en el “status” jurídico y en las atribuciones y competencias fijadas en los TLC al catalogar las actividades de distintos entes públicos y semipúblicos bajo “medidas disconformes” (por ejemplo, cuando distintas entidades públicas o semipúblicas presentadas por PD ante PED en un TLC como beneficiarias de un status excepcional, fuesen ulteriormente privatizadas y expuestas a las condiciones de libre competencia).

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **A. Libros, artículos y documentos:**

Artecona, R. and Plank-Brumback, R. M. (2016). Access to medicines and incentives for innovation. The balance struck in the TPP on intellectual property (patent and data exclusivity) protection for pharmaceutical products, ECLAC United Nations.

Asian Development Bank-Interamerican Development Bank-Asian Development Bank Institute (2012). *Shaping the Future of the Asia and the Pacific-Latin America and the Caribbean Relationship*. Recuperado de <https://www.adb.org/publications/shaping-future-asia-and-pacific-latin-america-and-caribbean-relationship>

Bouzas, R. (2004). Las negociaciones Unión Europea-MERCOSUR. *Revista Nueva Sociedad*, (190), marzo-abril 2004.



CEPAL (2014). *Panorama de la inserción internacional de América Latina y el Caribe. Integración regional y cadenas de valor en un escenario externo desafiante*. Recuperado de <http://repositorio.cepal.org/handle/11362/37195>

Correa, C. M (7 de julio de 2017). Desafíos en el viaje presidencial. *El Cronista*, Buenos Aires.

Correa, C. M. (10 de octubre de 1995). Los acuerdos de la Rueda Uruguay y las patentes. *La Ley*, Buenos Aires.

Correa, C. M. (1998). *Acuerdo TRIPs. Régimen Internacional de la Propiedad Intelectual*. Buenos Aires, Argentina: ed. Ciudad Argentina.

de las Carreras, A. (marzo de 2006). *Reflexión sobre cuotas de importación*. Instituto de Estrategia Internacional, World Trade Net Argentina, documento 04/06.

Díaz Prieto, G. (2005). El acuerdo de asociación económica, concertación política y de cooperación entre México y la Unión Europea y las oportunidades e impacto de la cooperación científica y tecnológica. *Acuerdos Unión Europea/América Latina: el diseño de la asociación estratégica birregional*. Santiago de Chile, Chile: CELARE.

Guerra Borges, Al. (2003). *Sobre la teoría neoclásica de la integración*. Recuperado de [www.eljournal.unam.mx](http://www.eljournal.unam.mx)

Horn, H; Mauroidis, P.C. and Sapir, A. (2009). *Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements*. Brussels, Belgium: Bruegel Blueprint Series.

Levis, M. (2006). "La industria farmacéutica nacional latinoamericana. Escenario post-TRIPs", documento de la Asociación Latinoamericana de Industrias Farmacéuticas (ALIFAR).

Makuc, A.; Duhalde, G.; Rozemberg, R. (2015). La negociación MERCOSUR-UNIÓN EUROPEA a veinte años del acuerdo marco de cooperación: quo vadis? Banco Interamericano de Desarrollo, Nota Técnica. Recuperado de [https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7126/La\\_negociacion\\_MERCOSUR\\_Union\\_Europea\\_a\\_veinte\\_anos\\_del\\_acuerdo\\_marco\\_de\\_cooperacion.pdf](https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7126/La_negociacion_MERCOSUR_Union_Europea_a_veinte_anos_del_acuerdo_marco_de_cooperacion.pdf)



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC) (2015). Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. (G/TBT/Rev.12). Recuperado de [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/2851/SE\\_dec\\_y\\_recom\\_adop\\_comite\\_ot\\_c\\_omc\\_1\\_enero\\_1995.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/2851/SE_dec_y_recom_adop_comite_ot_c_omc_1_enero_1995.pdf)

Porter, M. (1990). The Competitive Advantage of Nations. Harvard Business Review, march-april. Recuperado de [http://www.economie.ens.fr/IMG/pdf/porter\\_1990\\_-\\_the\\_competitive\\_advantage\\_of\\_nations.pdf](http://www.economie.ens.fr/IMG/pdf/porter_1990_-_the_competitive_advantage_of_nations.pdf)

Ruiz Huélamo, P. y Sánchez Diez, A. (2012). *Los Acuerdos de Asociación de la UNIÓN EUROPEA con Centroamérica y MERCOSUR: Presente y Futuro*. Madrid, España: Fundación Alternativas.

SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO (SELA) (2002). "XV Reunión de Directores de Cooperación de América Latina y el Caribe. Conclusiones y recomendaciones", documento correspondiente al encuentro realizado en la ciudad de Montevideo, R.O. del Uruguay, del 11 al 13 de marzo de 2002.

Tang, Y. S. y Hernandez, T. (2016). The politics and outcomes of preferential trade strategies: evidence from TRIPS-Plus provisions in US-Latin América relations. *Journal of World Trade*.

#### **B. Trabajos del autor sobre la materia:**

Halperin, M. y Etiennot, A.E. (2003). "Propuestas para la incorporación de cláusulas operativas de cooperación técnica y financiera en acuerdos de integración económica con países industrializados", documento presentado como informe final de un proyecto CEAV-UADE (inédito).

Halperin, M. (10 de mayo de 2005). América Latina: la cooperación que recibe no beneficia su inserción comercial. *La Nación*. (Síntesis de la contribución del autor al "Report of European Commission Regional Workshop on Sustainable Development and Regional Trade Agreements", Buenos Aires, 28 y 29 de abril de 2005).



Halperin, M. (2010). MERCOSUR-UNIÓN EUROPEA: un final abierto. *Informe Industrial* (227).

Halperin, M. (2015). Los acuerdos de países latinoamericanos con la UNIÓN EUROPEA: desafíos para la armonización de procedimientos aduaneros, obstáculos técnicos al comercio y medidas sanitarias y fitosanitarias. Boletín *Informe Integrar* (90). Recuperado de <http://www.iil.jursoc.unlp.edu.ar/textos/informe/integrar90.pdf>

Halperin, M. (2015). La negociación de TLC y las economías regionales. *Guía Práctica de Comercio Exterior (anticipos del nomenclador arancelario aduanero)*, (296).

Halperin, M. (10 de noviembre de 2015). Acercarse al mundo, ¿aleja a la región? *La Nación*.

Halperin, M. (23 de enero de 2017). Súper-alimentos argentinos. *Ámbito Financiero*.

Halperin, M. (7 de abril de 2017). MERCOSUR-UE: antecedentes que hacen que sea mejor prevenir. *La Nación*.

Halperin, M. (2016). Consecuencias del despoblamiento rural y la desorganización social en América Latina. En N. B. Mellado (editora y coordinadora), *Latinoamérica: inserción global e integración regional*. Córdoba, Argentina: Ed. Lerner.

**HALPERIN MARCELO:** Abogado, Universidad Nacional de Buenos Aires. Egresado de la Escuela de Sociología. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Consultor de organismos internacionales de integración y cooperación económica. Investigador y docente del Instituto de Integración Latinoamericana de la Universidad Nacional de La Plata.

Fecha de recepción: 1-11-2017

Fecha de aceptación: 24-11-2017