

LAS PERSPECTIVAS DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS A NIVEL REGIONAL Y EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO (OMC)

Audrey Rivera Gómez¹

Resumen

Dentro del comercio internacional global existen controversias y mecanismos de solución que deben conocerse a fondo con el fin de paliar, con cierto grado de racionalidad, los obstáculos que afectan el desarrollo futuro de un país. En este ensayo se analizan los mecanismos de solución de controversias, particularmente los de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Se observa que las naciones con frecuencia son incapaces de tomar acciones efectivas contra prácticas proteccionistas en el seno de la OMC, porque a veces no lo consideran el foro idóneo "para ventilarlas". Se indica que para ser un buen negociador es imprescindible conocer el marco jurídico del comercio internacional, tener pericia en su manejo y considerar el arbitraje como institución jurídica alterna. Se hace un breve recorrido sobre los mecanismos de solución de controversias que existen en otros organismos internacionales y cómo los puede utilizar un negociador experto. Se observan las controversias más frecuentes que se dan entre países de América Latina y Estados Unidos de América. Se concluye que lo más importante de todo mecanismo de solución de controversias comerciales es saber que ninguna decisión arbitral implicará la disminución o aumento de los derechos o de las obligaciones adquiridas por una parte contratante.

Introducción

Dentro del proceso de globalización del comercio internacional, se encuentra un aspecto muy importante que es lo referente a las controversias y la forma de solución de las mismas.

¹ Egresada del doctorado en Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco.

Conocer los procedimientos por los cuales se pueden resolver las disputas comerciales entre los estados, surgidas por la violación a los principios reconocidos del comercio internacional, resulta trascendental para un país que apuesta en las exportaciones su futuro desarrollo económico.

En este ensayo se analiza en forma breve, las perspectivas de los mecanismos de solución de controversias a nivel regional y particularmente en el seno de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

Como se sabe, en el comercio internacional los países instituyen muchas prácticas tendientes a proteger sus mercados de los productos del exterior. Tal protección puede ser para defender la planta productiva del país y los empleos que genera, pero también para buscar condiciones preferenciales para el ingreso de sus productos a los mercados de otros países sin mostrar ninguna reciprocidad.

Varias naciones, con frecuencia son incapaces de tomar acciones unilaterales efectivas en contra de prácticas proteccionistas. De ahí que deban buscar un foro donde compartan intereses comunes con naciones en similares condiciones y constituyan un frente común en el cual puedan realizar efectivamente la defensa de sus intereses de acuerdo a reglamentos y leyes reconocidos por la comunidad internacional. Ello para que en la unidad y la acción multilateral encuentren la fuerza necesaria para influir en la definición de la realidad internacional.

En este contexto, la OMC se constituye como un foro para ventilar los problemas comerciales que afecten a estas naciones, un espacio para participar en el proceso o, por lo menos, defender sus intereses. Es por lo tanto necesario que estas naciones conozcan con precisión la manera en que este organismo internacional opera. Al mismo tiempo se hace imprescindible conocer las "reglas del juego" del comercio internacional, establecidas en el aparato jurídico creado por esta organización.

Pese a ello, la fragilidad de muchas naciones persiste. Los Estados Unidos de América (EUA), Japón, Europa, tienen la costumbre de no aceptar la intervención o desconocer las sentencias de estos organismos. Esto, no debe de ser motivo para que abandonen la acción

multilateral y se resignen a negociar por su cuenta con las naciones más desarrolladas.

Estas naciones, México entre ellas, deben conocer la normatividad jurídica establecida por la OMC y la manera en que opera esta organización, a fin de saber con precisión a qué elementos recurrir para defender posiciones y aprovechar correctamente este recurso.

En términos generales, se requiere que los negociadores mexicanos conozcan los mecanismos que se encuentran a disposición del país para el logro y consecución de las metas establecidas para el sector del comercio exterior.

La solución de controversias a nivel regional

La preocupación de dotar al sistema internacional de instrumentos jurídicos que permitan garantizar al máximo el cumplimiento de los acuerdos alcanzados en el marco de un tratado internacional de contenido económico han llevado a los países suscriptores a crear sistemas de solución de controversias.

Diversas son las soluciones que se han creado en cada una de las subregiones de nuestro continente. En términos generales se puede afirmar que las soluciones oscilan entre: a) el establecimiento de sistemas jurisdiccionales propiamente dichos, con capacidad para interpretar y aplicar de manera uniforme el derecho, como es el caso del Tribunal Andino o de la Corte Centroamericana de Justicia, y b) el establecimiento de sistemas judiciales de solución de controversias, que no operan en cuerpos o Cortes preestablecidas, sino que en cada caso se buscan los operadores calificados quienes son los que se encargarán, de aplicar la ley correspondiente. Estos operadores son tribunales o paneles de árbitros. Esta es la opción que encontramos por ejemplo en el caso del MERCOSUR o del NAFTA entre otros.

En América Latina los sistemas regulados por la ley y desarrollados en la práctica son: la conciliación, la mediación, el arbitraje y la amigable composición.

El arbitraje, entendido como la institución jurídica heterocompositiva, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto deciden delegar su solución a uno o más terceros denominados árbitros (Sepúlveda 1984:339-340), quienes previo al trámite de un proceso expiden una decisión o sentencia denominada Laudo Arbitral.

La mediación y/o conciliación. La definición de estas dos figuras ha sido muy debatida entre los expertos de la materia en los diferentes países, sin que nunca llegaran a tener un acuerdo o unanimidad sobre su interpretación. Se mencionaban diferencias tales como el grado de intervención del tercero neutral o su nivel de capacitación en el área de solución de controversias, incluso hablaban del hecho de ser o no abogado. Estos debates fueron acompañados por la expedición de nuevas leyes sobre la materia y la práctica y madurez adquirida en el tema localmente.

En el primer momento la mediación y la conciliación tenían el mismo contenido jurídico, esto es, fórmulas no adversariales de solución de controversias por medio de las cuales las partes enfrentadas en un conflicto, buscaban la participación de un tercero imparcial, neutral y especialmente capacitado, para buscar conjuntamente una fórmula de acuerdo que les permitiera dar por terminada su disputa de manera parcial o total. La diferencia de la denominación obedecía a dos tendencias básicas. La primera, la conciliación, proveniente del derecho indiano y presente de manera desapercibida en nuestras legislaciones. La segunda, la mediación influida por la práctica y la capacitación proporcionada por los EUA. De manera que pese a que existían dos definiciones diferentes su objetivo y efecto jurídico era el mismo. Sin embargo y seguramente como consecuencia del debate en torno al tema y de la posición asumida por la legislación de cada uno de los países, cabe precisar las siguientes distinciones:

- Grupo de países del MERCOSUR. En esta zona la diferencia entre la Mediación y la Conciliación está en el *status* de la persona que ejerce la función. Si la actuación se lleva a cabo por un juez en el trámite de un proceso judicial, se denomina conciliación; pero si esa misma actuación es adelantada por un particular previo al inicio del proceso o de manera paralela a él la figura es una mediación. Esta diferencia está contenida en la legislación Argentina y

ha sido adoptada por Brasil y Uruguay, quienes pese a que aún no cuentan con una Ley de Mediación han asimilado la interpretación y características desarrolladas por Argentina, al igual que Paraguay.

- Grupo de países que adoptan la conciliación, como mecanismo autocompositivo, con independencia de la calidad de la persona que presta el servicio. Esto quiere decir que el trámite efectuado por un juez dentro del trámite de un proceso judicial tiene la misma denominación que el trámite efectuado ante un particular, de manera previa o paralela al proceso del juez. Dentro de este grupo están Colombia y Venezuela.
- Grupo de países que consideran las palabras mediación y conciliación como sinónimos. Este grupo de países está constituido por aquellos que en el texto de su normativa expresamente señalan que las dos palabras tienen la misma definición jurídica y las mismas consecuencias, o sea no hay diferencia alguna entre las dos palabras y cualquiera de ellas puede ser usada de manera válida. Dentro de este grupo se encuentra por ejemplo Ecuador, Costa Rica y Bolivia.

De otro lado, la suscripción de tratados de integración, zonas libres y uniones económicas, plantea como tema necesario para garantizar su adecuado cumplimiento la adopción de sistemas de solución de controversias que analicen los casos frente a las disposiciones alcanzadas por las partes en los arreglos y decreten el cumplimiento de los acuerdos y las sanciones a que hubiere lugar. Esta necesidad es válida frente a los Estados mismos y a los particulares que son los verdaderos agentes de los cambios económicos, un claro ejemplo de esta necesidad se encuentra en el artículo 2022 del NAFTA que impone a sus miembros la obligación de proveer procedimientos adecuados para el respeto de los acuerdos arbitrales y el reconocimiento y ejecución de los laudos (Katz, 2001).

La amigable composición es un método para la solución de disputas entre dos partes, un proceso de discusión/negociación entre las partes involucradas con el objetivo de encontrar una solución mutuamente aceptada que implique un beneficio compartido.

La solución de controversias a través de este método presume que las partes involucradas tienen la voluntad de actuar a partir de concesiones mutuas, a fin de llegar a un acuerdo bajo un esquema de ganar-ganar.

Dentro de las ventajas que presenta este método alternativo tenemos que las controversias se resuelven en un periodo corto de tiempo, es el método de solución de controversias con el menor costo, ya que no requiere la participación de un tercero, y cuenta además con el ingrediente de la confidencialidad en lo que se refiere a la información del acuerdo y de la controversia surgida entre las partes.

Cada una de las regiones económicas del continente se encuentra en la búsqueda y desarrollo de estos sistemas que finalmente deberán complementarse en el *Free Trade* o ALCA.

La solución de controversias entre América Latina y los Estados Unidos de América

Dos son los tipos de controversias más frecuentes entre los Estados Unidos y América Latina. Las acusaciones de *dumping* y la apertura de los mercados en función de los productos que son intercambiados.

En el primer punto, si bien en algunos casos deliberadamente se busca generar acceso a los mercados vía precios bajos (más bajos que en el mercado local), en otros se trata de un movimiento involuntario, producto de una devaluación. Esta tiene la función de propiciar ajustes económicos tanto a nivel interno como internacional. A nivel interno reduce las importaciones y a nivel internacional provoca que las exportaciones se vuelvan competitivas. Un país cuya divisa haya sufrido una devaluación es percibido como un competidor desleal en términos de su comercio exterior y se le sanciona con medidas anti-dumping e impuestos compensatorios.

El problema de la destrucción de las cadenas productivas en los países latinoamericanos como consecuencia de la apertura y la desregulación los hace elevar sus importaciones de insumos para fabricar sus productos de exportación.

Como resultado de una devaluación, los insumos que se habrán de utilizar para producir un bien para exportar se encarecen y por lo tanto la utilidad a recuperar se reduce.

En los dos casos los países de América Latina pierden, ya que se les acusa de *dumping* y prácticas desleales de comercio.

A pesar de esto, los EUA y la Unión Europea (UE) se abocan a la tarea de firmar acuerdos comerciales que les permitan obtener un amplio margen de maniobra en los mercados del hemisferio.

Además de los problemas de *dumping* hay otros casos en los que los EUA han aplicado la *Super 301*, como sanción por "prácticas desleales al comercio" o la aplicación de medidas fito-sanitarias, que si bien su objetivo es el de restringir el ingreso de productos nocivos para la salud o para la economía del país importador, en otros casos simplemente operan por razones proteccionistas. Por ejemplo, el caso argentino en lo relativo al comercio en productos cárnicos o el caso del aguacate mexicano tipo *Hass* (Rosas, 2000).

La solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio de América Del Norte, (TLCAN)

En el TLCAN, se presenta la figura del arbitraje para resolver las controversias que se susciten en el ámbito comercial y financiero como resultado de la aplicación del tratado.

La figura es innovadora en el acuerdo comercial entre los EUA y Canadá (Urruchurtu, 1998:18), y sirvió después de modelo en lo relativo a la solución de controversias en la Organización Mundial de Comercio.

Los principales mecanismos del TLCAN para la solución de controversias se exponen en los Capítulos 11, 14, 19 y 20 del mismo tratado. Las controversias que se relacionen con las disposiciones relativas a las inversiones expuestas en el Capítulo 11 pueden ser sometidos a conciliación de acuerdo con los mecanismos previstos en el tratado. El Capítulo 19 contempla revisiones por paneles binacionales de determinaciones finales de *antidumping* (AD), cuotas compensatorias (CC) y

existencia de daño (Urruchurtu,1998:42). Asimismo, en conformidad con el Capítulo 19, los paneles pueden revisar modificaciones hechas por Canadá, los EUA o México a sus leyes en materia de antidumping y cuotas compensatorias. Las disposiciones del Capítulo 20 para la solución de controversias se aplican a controversias surgidas en torno a la interpretación o la aplicación del TLCAN, incluyendo controversias relacionadas con las disposiciones del Capítulo 14 sobre servicios financieros (Díaz, Pérezcano, 1998).

En Canadá, las resoluciones finales de AD y CVD (cuotas compensatorias) son realizadas por *Revenue Canada*, las resoluciones finales de aduanas e impuestos de consumo y de daño son realizadas por la *Canadian International Trade Tribunal* (CITT). En los EUA las resoluciones finales de AD y CVD son realizadas por el Departamento de Comercio y las resoluciones finales de daño son realizadas por la Comisión Internacional de Comercio de los EUA. En México las resoluciones finales de AD, CVD y de daño son realizadas por la Secretaría de Economía. A estos organismos se les refiere frecuentemente como las “autoridades investigadoras”.

El TLCAN, en caso de incumplimiento del laudo del panel, contempla el mecanismo de suspensión de beneficios, que si bien no fuerza a la parte incumplida, permite una compensación respecto de las concesiones afectadas.

La suspensión de beneficios es una medida temporal y se mantiene hasta que haya un acuerdo que solucione la controversia (Díaz Pérezcano, 1998:6).

La solución de controversias en el Mercosur y la Unión Europea

El mecanismo de solución de controversias del MERCOSUR tiene como precedentes históricos, el Tratado de Libre Comercio entre EUA y Canadá de 1988 y el Acuerdo de Complementación Económica entre Chile y México de 1991. (Etcheverry,1998:547)

El Mercosur no cuenta con un Tribunal de Justicia con atribuciones supranacionales como con el que se observa en la Unión Europea. Hasta ahora el sistema de solución de controversias aprobado por el

Protocolo de Olivos de 2002 y vigente desde 2004, lo conforman las negociaciones directas y dos instancias de arbitraje. Una primera que se realiza ante un Tribunal Arbitral Ad Hoc (TAHM) y la segunda que se lleva a cabo ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPRM) (*per saltum*).

El avance en la reconfiguración de los mecanismos de solución de controversias en el Mercosur refleja el esfuerzo por la consolidación del bloque regional, por lo que reconocer y dar cumplimiento a los laudos y sentencias emitidas es de vital importancia para los países miembros, en tanto no cuenten con un mecanismo similar al modelo de la Unión Europea, que aplica multas al Estado incumplido.

La necesidad de contar con un instrumento de este tipo, es cada vez más importante para estos países, a fin de que atienda las controversias que genera el proceso integrador de la región (Vera Moreno, 1998:215).

El sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio

El sistema de solución de controversias de la OMC está integrado por diversas etapas. La primera fase del proceso inicia con una etapa de consultas y mediación. Estos recursos son utilizados para tratar de resolver el conflicto sin la intervención institucional de la OMC. Se trata de llegar a un acuerdo antes de que la OMC establezca un panel (un órgano colegiado que a partir de la acuerdos reconocidos por los miembros de la OMC intentará resolver el conflicto) (OMC,2001).

Las consultas tienen lugar cuando existen medidas que afectan la operatividad de cualquier acuerdo celebrado entre miembros de la OMC. Es necesario que exista una nulificación o menoscabo de cualquiera de los acuerdos reconocidos por los países miembros para el inicio de las consultas. La principal función de las consultas es la de entablar un diálogo entre las partes involucradas (OMC,2001).

La normatividad de la OMC establece límites de tiempo para el proceso de consultas; la parte demandada, a la que se le acusa de haber impuesto medidas comerciales violatorias a los acuerdos, debe respon-

der a la solicitud para el inicio de consultas en un plazo no mayor a 10 días. En caso de que se acepten las consultas, éstas deberán iniciarse en un plazo no mayor a 30 días. De no respetarse estos límites de tiempo, automáticamente se procede al establecimiento de un panel (OMC,2001).

Pero si se aceptará el inicio de las consultas, se establece un plazo de 60 días para que las negociaciones lleguen a un acuerdo; de lo contrario automáticamente se integrará un panel para zanjar la disputa. Existe también la posibilidad de que durante la celebración de las consultas una de las partes considere la imposibilidad de celebrar algún acuerdo, por lo que podrá solicitar en cualquier momento el establecimiento del panel (OMC,2001).

Estos límites de tiempo se pueden reducir en casos de urgencia, incluyendo a aquellos que tengan que ver con bienes perecederos.

El Organo de Solución de Disputas de la OMC deberá ser informado del inicio y evolución de las consultas por parte del miembro demandante. Se le informa por escrito exponiéndose las razones de las consultas incluyendo la identificación de las medidas en cuestión e indicando los fundamentos legales de la queja (OMC,2001).

Las consultas deberán ser confidenciales y los acuerdos que en ellas se logren no deberán perjudicar los derechos de los miembros.

La OMC no es una organización que presta en general, servicios de solución de diferencias comerciales respecto de cualquier problema comercial que se presente entre dos o más socios.

Para que se pueda acudir al mecanismo de la OMC, se deberá estar frente a un caso de incompatibilidad o anulación o menoscabo de beneficios en relación a los instrumentos jurídicos abarcados por la OMC.

Las resoluciones de la OMC en disputas comerciales entre Estados Unidos de América y la Unión Europea

En 1999 da inicio una guerra comercial entre los EUA y la UE, la “guerra del plátano” (Rosas,1999:8), después de seis años de delibera-

ción el GATT y la OMC determinan a la política comercial de la UE como una práctica desleal al comercio, y por lo tanto, EUA debía recibir una indemnización de 190 millones de dólares por cada año que duró la controversia. La Unión Europea no acata el fallo de la OMC y opta por aplicar represalias contra la carne que importa de ese país, por considerarla nociva para la salud, ya que al ser consumida por el ser humano le produce cáncer por provenir de ganado desarrollado con hormonas.

La Unión Europea le exige a Estados Unidos etiquetar su producto con la leyenda: "el producto es cultivado con hormonas". Los EUA no sólo se negó a la medida sino que aplicó también represalias contra una serie de productos suntuarios europeos, como el queso Roquefort, los vinos franceses, etc (Rosas,2000).

Así que los intereses de los consorcios muy bien pueden instrumentalizar a un gobierno. EUA representó los intereses de Chiquita, Del Monte y Dole, siendo un país que no produce plátano interpuso una demanda ante la OMC, y ganó la disputa (Kreissl-Dörfler, Quandt,2000:33).

Ante este panorama, es evidente que no se registren grandes avances en el ámbito de solución de controversia en tanto estos países privilegien el conflicto por encima de la cooperación.

Consideraciones finales

La situación actual del comercio mundial hace necesario que se busque la eficiencia de los mecanismos de solución de controversias, ya que un instrumento imperfecto e ineficiente acarrea un sinnúmero de problemas. En primer lugar, la pérdida de la credibilidad del acuerdo. Las reglas están allí, pero si no se hacen cumplir porque el mecanismo de solución de controversias es inadecuado, lo mismo daría no tenerlas. Por lo demás, la total ausencia o la imperfección de un mecanismo de solución de controversias, en un contexto de relaciones entre socios comerciales de distinto poderío comercial, económico y político, acarrearía sin lugar a dudas, una situación en la que el socio comercial fuerte trataría de manipular la controversia, interpretar los hechos a conveniencia y buscarle la solución conforme a sus intereses particulares. Esto

conlleva a relaciones comerciales orientadas por el poder, más que orientadas por el derecho.

En este contexto, si no se cuenta con reglas aplicables al hecho de que, si no se respetan los compromisos, la activación del mecanismo de solución de controversias se lo recriminará al que incumpla, la negociación y la diplomacia económica se asentarán muy cómodamente, y para países con poco poder real de negociación resulta poco conveniente llegar a esta situación, siendo preferible optar por la regencia del derecho.

Definitivamente, un tratado comercial y de fomento de las inversiones que incluya un mecanismo eficiente de solución de controversias amplía las probabilidades de crear un mercado extenso y seguro para los bienes y servicios de las partes y de aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión. Esto conlleva a una consecución de los objetivos últimos del tratado.

Por último, uno de los principios más importantes de todo mecanismo de solución de disputas comerciales internacionales es que ninguna decisión arbitral implicará la disminución o aumento de los derechos o de las obligaciones adquiridas por una parte contratante. En términos generales, en las relaciones comerciales internacionales los derechos y las obligaciones se crean a través de la negociación de acuerdos. Por ello, las decisiones arbitrales deben propender únicamente a mantener o reestablecer el equilibrio de derechos y obligaciones entre las partes en litigio.

Bibliografía

- Díaz, Perezcano Hugo (1998). *La solución de controversias en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, SECOFI, México.
- Etcheverry, Raúl A. (1998). *Settlement of dispute in the American Common Market* (Mercosur), London School of Economics, U.K.
- International Arbitration (2008). *U.S. Government Attorneys*, Mimeo.
- Katz, Julius L. (2001). *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN): una modalidad de negociación de un acuerdo de libre comercio*, Antoni Estevadeordal y Carolyn Robert, editores, EUA.
- Kreissl-Dörfler, Melanie Quandt (2000). *La Organización Mundial de Comercio, cinco años después de su fundación: Un balance provisional*, Ediciones Böll, El Salvador, septiembre.
- Marchesini, Gualtiero Martín. *Soluciones de controversias en el Mercosur*, "<http://www.servilex.com/arbitraje/colaboraciones/contromercosur.php>"
- Oppermann Thomas & Cascade José C. (1998). *Dispute settlement in the EC: Lesson for the GATT/WTO Dispute Settlement System?*, London School of Economics, U. K.
- Organización Mundial de Comercio (2008). *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*. Documento oficial, www.wto.org. julio.
- Roessler Frieder (1977). *The Agreement Establishing the World Trade Organization*, Kluwer Law International, U.S.S.
- Rosas, Cristina (2000). *El regionalismo vs. el multilateralismo y el impacto de la política comercial externa de Estados Unidos en la integración latinoamericana*, Tesis doctoral, UNAM, México.

Rosas, Cristina (1999). "La Cumbre, ceñida por la política de EU", *Etcétera*, diciembre, México.

Sepúlveda, César (1984). *Derecho Internacional*, Porrúa, México,

Urruchurtu Chavarín, Gustavo (1998). *Los paneles binacionales del Art.1904 del TLCAN. Su marco jurídico en el Derecho Positivo Mexicano*, mimeo, SECOFI, México.

Vera Moreno, José Luis (1998). *Arbitraje avances en el Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires.