

ASIMETRÍAS Y CONVERGENCIAS ENTRE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS REGIONALES Y EL DE LA OMC

Juliana Salles Almeida¹

RESUMEN

El artículo indaga en los mecanismos de solución de controversias que existen en los sistemas de integración de América Latina (MERCOSUR, TLCAN Y CAU) y el mecanismo existente a nivel multilateral – el organismo de solución de diferencias de la OMC. La autora configura un análisis comparativo que la lleva a sostener la conveniencia de estos mecanismos porque permiten la promoción de procesos de liberalización económica y evitan, a su vez, que los conflictos comerciales se politicen o se vean afectados por consideraciones no comerciales.

I. INTRODUCCIÓN.

Los sistemas de solución de diferencias por un lado, constituyen instrumentos importantes para la promoción del proceso de liberalización en la medida en que protegen el proceso de apertura de los ataques de los grupos de presión proteccionistas y por otro lado, cumplen una función política clave, teniendo en cuenta que el recurrir a una tercera instancia

¹ Abogada especialista en Derecho Comercial Internacional. Actuación como consultora legal de empresas nacionales extranjeras y organismos internacionales. Mestre en Derecho Económico por la Universidad Federal de Minas Gerais/ Brasil y candidata al título de doctora de la Universidad de Chile.

imparcial para adjudicar las diferencias contribuye a evitar que un conflicto comercial se politice y se vea afectado por otras consideraciones no comerciales que pueden eventualmente agravar la disputa.

El presente artículo estudia las normas procesales que regulan los principales mecanismos de solución de controversias-MSC existentes en los sistemas de integración de América Latina (MERCOSUR, TLCAN y CAN)² y aquel existentes a nivel multilateral: el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Primeramente se hace un análisis de la evolución histórica de este MSC, que es considerado el más “rule-oriented”. Posteriormente, se hace una evaluación de las convergencias y divergencias procesales e institucionales existentes entre los distintos MSC y, por último se dispone las características que son llevadas en consideración por los países en el momento de elegir el foro para solución de sus conflictos comerciales.

II. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL MSC DE LA OMC.

El MSC de la OMC, actualmente llamado de Órgano de Solución de Diferencias-OSD, sufrió una notable evolución desde la época del GATT. Así, sobre la base de los artículos XXII y XXIII de este Acuerdo³, las partes

² Mercado Común del Sur-MERCOSUR, Comunidad Andina de Naciones-CAN, Tratado de Libre Comercio de América del Norte-TLCAN (NAFTA)

³ **Artículo XXII:** 1. Cada parte contratante examinará con comprensión las representaciones que pueda formularle cualquier otra parte contratante, y deberá brindar oportunidades adecuadas para la celebración de consultas sobre dichas representaciones, cuando éstas se refieran a una cuestión relativa a la aplicación del presente Acuerdo; 2. Las PARTES CONTRATANTES podrán, a petición de una parte contratante, celebrar consultas con una o más partes contratantes sobre toda cuestión para la que no haya sido posible hallar una solución satisfactoria por medio de las consultas previstas en el párrafo 1.; **Artículo XXIII: (...).** 2 Si las partes contratantes interesadas no llegan a un arreglo satisfactorio en un plazo razonable o si la dificultad surgida es una de las previstas en el apartado c) del párrafo I de este artículo, la cuestión podrá ser sometida a las PARTES CONTRATANTES. Estas últimas efectuarán rápidamente una encuesta sobre toda cuestión que se les someta al respecto y, según el caso, formularán recomendaciones apropiadas a las partes contratantes que consideren interesadas, o dictarán una resolución acerca de la cuestión. Las PARTES CONTRATANTES podrán, cuando lo juzguen necesario, consultar a partes contratantes, al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y a cualquier otra organización intergubernamental competente. Si consideran que las circunstancias son suficientemente graves para que se justifique

contratantes del GATT fueron codificando gradualmente y a veces modificando las prácticas emergentes del procedimiento para la solución de controversias. Las normas poco elaboradas del párrafo 2 del artículo XXIII del GATT de 1947 disponían que las partes contratantes, actuando conjuntamente, tenían que resolver cualquier diferencia que se produjese entre ellas. Posteriormente se estableció que las decisiones deberían ser remitidas a grupos de trabajo compuestos de representantes de todas las partes contratantes interesadas. Estos grupos de trabajo adoptaban sus informes por consenso. Pronto fueron sustituidos por grupos especiales integrados por tres a cinco expertos independientes, que no estaban relacionados con las partes en la diferencia. Estos grupos especiales preparaban informes independientes con recomendaciones y resoluciones para resolver la diferencia, y los remitían al Consejo del GATT. Sólo después de que el Consejo los aprobase pasaban a ser estos informes jurídicamente vinculantes para las partes en la diferencia. De este modo los grupos especiales del GATT construyeron una jurisprudencia que ha conservado su importancia, y en sus informes siguieron un enfoque cada vez más basado en normas, con razonamientos de carácter jurídico.⁴

Conforme se verifica, con el pasar del tiempo los países sintieron la necesidad de conferir la responsabilidad de las decisiones a un grupo de profesionales en comercio internacional. De esta forma las reglas procesales fueron evolucionando desde las simples negociaciones diplomáticas entre los países interesados hasta la composición de grupos de trabajos y, posteriormente de expertos. Sin embargo, la función decisoria todavía estaba en las manos de los representantes diplomáticos de los países. Conforme señala Hudec, los países “sought to give legal guidance, but within a diplomatic framework”.⁵ Esto inevitablemente generaba una

tal medida, podrán autorizar a una o varias partes contratantes para que suspendan, con respecto a una o más partes contratantes, la aplicación de toda concesión o el cumplimiento de otra obligación resultante del Acuerdo General cuya suspensión estimen justificada, habida cuenta de las circunstancias (...).

⁴ Interesante citar las palabras de Waincymer al disponer que “Dispute settlement under the GATT saw a gradual development of an adjudicatory model created by a combination of sleight of hand, experiment and developing consensus, all built on a very limited textual basis. It primarily evolved out of articles XXII and XXIII. These articles do not expressly deal with any kind of independent adjudicatory process” Waincymer, Jeff. **WTO Litigation. Procedural aspects of formal Dispute Settlement**, Cameron May Ltda, 2002.pág., 74.

⁵ Hudec, Robert. The Role of the GATT Secretariat in the Evolution of the WTO Dispute Settlement Procedure. In **The Uruguay Round and Beyond: Essays in Honour of Arthur Dunkel**, 1998, 101-120, p.106.

debilidad en el mecanismo, ya sea por la falta de credibilidad del cuerpo jurisprudencial formado (lo que Peternamn llama de “diplomatic jurisprudente”), ya sea por la falta de poder adjudicatorio pues la parte perdedora podría bloquear la decisión.⁶

Los problemas verificados en el MSC del GATT eran: i) poco detalle sobre las reglas procesales; ii) dispersión de los MSC en distintas normativas (además del GATT, los llamados “Códigos de la Ronda de Tokio”, por ejemplo el relativo a las medidas antidumping, preveían un procedimiento de solución de diferencias; iii) posibilidad de bloquear la constitución del Grupo Especial; iv) posibilidad de bloquear la adopción de una decisión ya que esto requería la aprobación por medio del consenso de todos, incluso del perdedor de la demanda (norma del consenso positivo⁷); v) la ineficacia del sistema adjudicatorio de las decisiones; vi) interferencia política en los trabajos de los Panelistas. Cuanto a este último aspecto el profesor J. Jackson señaló que “there had been several unfortunately instances of a contracting part government interfering with potential panel decisions by inappropriately pressuring a particular panelist”⁸.

La necesidad de consenso para el establecimiento de las reglas procesales ha sido apuntada como una de las grandes barreras para el correcto funcionamiento del MSC del GATT. Conforme dicho, el consenso era requerido para remitir una diferencia a un grupo especial, para seleccionar los panelistas, para adoptar los términos de referencia y para adoptar la decisión. De esta forma, el avance de las reglas procesales dependía de la buena voluntad de todos. Como señala Waincymer “a consensus decision-making process in an adversarial dispute settlement arena is inherently instable. It gives a reluctant disputant an effective veto over all aspects of the process”.⁹ Esta característica procesal llevó a que la constitución de algunos paneles fuera bloqueada. En otros casos, la parte perdedora intentó condicionar el cumplimiento del fallo a la aprobación de

⁶ “GATT overly pragmatic “diplomat’s jurisprudence” and “institutional inability to maintain compliance with the rules” Petersmann, 2003: 242. “The GATT’s diplomatic’s jurisprudence under article XXIII, continues to be characterized by the trend of attributing considerable importance to the intentions of the contracting parties at the time of the drafting of the General Agreement and by interpreting some GATT obligations restrictively. Petersmann, 2003: 251.

⁷ Consenso positivo significaba que ninguna parte contratante debía oponerse a la decisión

⁸ Jackson, “The WTO Dispute Settlement Procedures: a preliminary appraisal”, en *In The world trading system: challenges ahead* / ed. J.J. Schott. Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1996, p. 153-165, pág., 10

⁹ Waincymer, Jeff, ob. cit., pág., 76.

ciertos asuntos en la Ronda Uruguay¹⁰ o incluso bloqueó la decisión como medida de retorsión. En relación a esta última situación tenemos como ejemplo el caso “Wine Equity and Export Expansion Act of 1984” donde Estados Unidos bloqueó la adopción del informe en representación al bloqueo de las Comunidades Europeas a la adopción del informe del panel constituido en el caso “European Communities subsidies to exports of pasta products”.¹¹

Además de la posibilidad de veto, esta sistemática procesal, basada en consenso, provocaba diversos retrasos. Los informes emitidos por los paneles constituidos en la época del GATT tardaban alrededor de diez meses para ser adoptados por el Consejo. Además, como señala Petersmann, retrasos en la formación del panel, han ocurrido, mayormente en controversias contra los Estados Unidos (ej. el “Domestic International Sales Corporation”, “Wine Equity and Export Expansion Act of 1984” y la controversia relacionada al embargo comercial que afectaba las importaciones de azúcar de Nicaragua) y contra la Comunidad Europea (ej. “Certain tax practices in three European countries”, “Value-added taxes and tariff preferences for Mediterranean citrus products”¹²).

Fue en 1952, en la séptima sección de las partes Contratantes del GATT, que se tomó la decisión de crear los paneles independientes para la decisión de las controversias. De esta forma, el nuevo procedimiento, confiaba la decisión a paneles neutros y no más a las partes involucradas en la diferencia. Conforme se verifica, desde los primordios de lo que es hoy el mecanismo de solución de controversias de la OMC, se ha señalado la preocupación de los países con la neutralidad e imparcialidad de las decisiones.¹³ Además, la preocupación por la codificación y la inclusión de nuevas reglas procesales en el mecanismo de solución de controversias del GATT se queda clara en la emisión consecutiva de las siguientes normativas:

¹⁰Petersmann, Ernst-Ulrich. **International Trade Law and the GATT-WTO Dispute Settlement System**, 1997, pág., .53.

¹¹ Petersmann, Ernst- Ulrich Petersmann, “Strengthening GATT Procedures for Settling Trade Dispute”. En **In International Dispute Settlement**, Edited by Mary Ellen O’ Connell, Dartmouth Publishing Company, 2003, pág., 258.

¹² Informaciones sobre las controversias disponibles en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/gt47ds_s.htm

¹³ Esta preocupación con la neutralidad e imparcialidad de las decisiones ha sido señalada en varias doctrinas, véase HUDEC, Robert, ob. cit.

¹³ WAINCYMER, Jeff, ob- cit., pág., 115.

1. Decisión de 5 de Abril de 1966 respecto a “Procedures Under Article XXIII, applying to Disputes between a Developing Contracting party and a Developed Contracting Party”¹⁴

2. Ronda de Tokio “Understanding regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance”, 28 de Noviembre de 1979¹⁵

3. “Decision on Dispute Settlement Procedures” de 29 de Noviembre de 1982¹⁶

4. “Decision on Dispute Settlement Procedures” de 30 de Noviembre de 1984¹⁷

A pesar de los avances procesales decurrentes de las normativas citadas arriba, la regla del consenso positivo quedaba inalterada. En los años ochenta el sistema se deterioró porque las partes contratantes bloquearon de modo creciente el establecimiento de grupos especiales y la adopción de sus informes. Aumentaron así las acciones unilaterales de las distintas partes contratantes que, en lugar de recurrir al sistema de solución de diferencias del GATT, tomaban medidas directas contra la parte contraria.¹⁸ Frente a esta situación los países decidieron no esperar el fin de la Ronda del Uruguay para introducir mejoras en el MSC. En este sentido, adoptaron la Decisión de 12 de abril de 1989 relativa a las mejoras de las normas y procedimientos de solución de diferencias del GATT. La decisión debía aplicarse en forma experimental hasta el fin de la Ronda Uruguay y ya preveía muchas de las normas que luego formarían parte de la actual normativa que reglamenta el procedimiento de solución de controversias, el ESD, tales como el derecho a establecer un grupo especial y los plazos estrictos para las actuaciones del grupo. Sin embargo, todavía no se había llegado a un acuerdo sobre la importante cuestión del procedimiento para la adopción de los informes de los grupos especiales, ni tampoco se preveía un procedimiento de apelación.¹⁹ Además, había un descontento respecto de la débil fundamentación jurídica de los informes emitidos por los Paneles.²⁰

¹⁴ Procedure under Article XXIII, BISD 14S/18 (1966)

¹⁵ Understanding regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance, BISD 26S/210 (1979)

¹⁶ Decision on Dispute Settlement Procedures, BISD 29S/13 (1982)

¹⁷ Decision on Dispute Settlement Procedures, BISD 31S/9 (1984)

¹⁸ En la actualidad, el párrafo 1 del artículo 23 del ESD excluye esta posibilidad.

¹⁹ Véase el documento IBDD 36S/61.

²⁰ Para ilustrar esta asertiva, véase por ejemplo del intero teor de las decisiones de las dos primeras controversias iniciadas en el GATT: “(...)In response to a request

Actualmente, el procedimiento de solución de diferencias de la OMC está reglamentado en el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias-ESD.²¹ Con ciertas excepciones, el ESD es aplicable uniformemente a las diferencias referentes a todos los Acuerdos de la OMC. En algunos casos se aplican las llamadas “normas y procedimientos especiales o adicionales” sobre la solución de diferencias, contenidas en los acuerdos específicos abarcados (artículo 1.2 y Apéndice 2 del ESD). Importantes innovaciones fueron introducidas hacia una mayor judicialización del mecanismo de solución de controversias, tales como: i) establecimiento de un único mecanismo general de solución de controversias reglamentado en el ESD; ii) establecimiento de plazos claros y precisos para cada etapa procesal; iii) eliminación la regla de consenso positivo y con esto, de la posibilidad de cualquier país bloquear la constitución del Grupo Especial y la adopción de la decisión; iv) establecimiento de un órgano de apelación.²² La introducción de una instancia de revisión es considerada como uno de los principales avances hacia una mayor judicialización del OSD.²³ En el cuadro abajo se verifica los principales diplomas normativos que marcaron

for an interpretation of the phrase "charges of any kind" in paragraph I of Article I with respect to consular taxes, the Chairman ruled that such taxes would be covered by the phrase "charges of any kind" (Cuba — Consular taxes-BISD II/12); "In response to a request for an interpretation of paragraph I of Article I with respect to rebates of excise duties, the Chairman ruled to the effect that the most-favoured-nation treatment principle embodied in that paragraph would be applicable to any advantage, favour, privilege or immunity granted with respect to internal taxes." (India-Tax rebates on exports -BISD II/12).

²¹ Como señala Mercurio "Dispute settlement in the GATT/WTO has moved from being a barely codified practice with little textual instruction and heavily reliant on diplomatic negotiation to a fully codified legal text relying heavily on the rule of law"-Mercurio, Bryan, *Improving Dispute Settlement in the World Trade Organization: The Dispute Settlement Understanding Review-Making it Work?* Journal of World Trade 38 (5): 795-854, 2004, pág., 847.

²² A Declaración de Marrakesh de las buenas venidas a "the stronger and clearer legal framework [the Members] have adopted for the conduct of international trade, including a more effective and reliable dispute settlement mechanism." Marrakesh Declaration of 15 April 1994, par. 1.

²³ "Perhaps the most important step in the process of *juridification* has been the introduction of the right to appeal to the Appellate Body. The appellate stage of the dispute settlement forms an integral part of the system" (COTTIER, Thomas, *Dispute settlement in the World Trade Organization: characteristics and structural implications for the European Union*. Common Market Law Review 35: 325-378, 1998, pág., .338).

la evolución del OSD, aunque haya habido otros que marcaron la evolución hacia una mayor judicialización del procedimiento.²⁴

Cuadro 1- Evolución del MSC de la OMC

Normativa	Año	Innovación	Fases Procesales (órganos involucrados)
GATT / 1947	1947	Traza las primeras líneas de un MSC. Resolución de los conflictos basada en negociaciones diplomáticas	1º- Consultas 2º- Grupo de Trabajos
Decisión de 12 de abril de 1989	1989	Preveía algunas de las normas que luego formarían parte del ESD, como el derecho a establecer un grupo especial y los plazos estrictos para las actuaciones del grupo.	1º- Consultas 2º- Grupo Especial
ESD	1995	Principales cambios: 1) mecanismo único de solución de controversias; 2) reglas procesales mejor estructuradas (instancias procesales bien definidas y plazos estrictos); 3) consenso negativo; 4) establece un órgano de apelación	1º- Consultas 2º- Grupo Especial 3º- Órgano de Apelación

Fuente: elaboración propia.

Esta evolución desde un sistema “power-oriented” hasta un “rule-oriented” ha sido apuntada por un gran número de autores que se han dedicado a estudiar el OSD.²⁵ La principal motivación para este cambio

²⁴ Las demás normativas fueron: 1) La Decisión de 5 de abril de 1966 sobre los procedimientos en virtud del artículo XXIII; 2) Entendimiento relativo a las notificaciones, las consultas, la solución de diferencias y la vigilancia, adoptado el 28 de noviembre de 1979; 3) la Decisión sobre la Solución de Diferencias, contenida en la Declaración Ministerial de 29 de noviembre de 1982; 4) Decisión sobre la Solución de Diferencias, de 30 de noviembre de 1984.

²⁵ Véanse los artículos citados en la bibliografía de los siguientes autores: Jonh Jakson, Gregory Shaffer, Ernst-Ulrich Petersmann, William J. Davey, Robert Hudec, Marc Busch y Eric Reinhardt. En este sentido merece la pena transcribir algunas de estas opiniones: 1) “The move from GATT to the WTO very much reflects a move away from a diplomatic approach to solving problems toward a juridical approach” En PALMETER, David. **The WTO as a Legal System. Essays on International Trade Law and Policy**, Cameron May Ltda, 2003, p.262; 2) “The WTO represents a development toward principle-orientation” HILF, (2001). *Power, Rules and Principle- Which orientation for WTO/GATT Law?*, Journal of

gradual residía en la necesidad de que el mecanismo fuera más democrático, imparcial y permitiera el cumplimiento eficaz de las decisiones.²⁶ El profesor J. Jackson señala que el procedimiento evolucionó desde una atmósfera de negociación en un ambiente de diplomacia multilateral hacia un sistema judicial basado en la mejor interpretación de la ley²⁷. Cottier, de su parte, dispone que el rustico sistema de resolución amigable de controversias del GATT fue dando lugar a un procedimiento legal. Este autor concluye sus análisis con una frase interesante: “A careful and successful balance of trade policy and legal discipline emerged”.²⁸

El sistema de solución de diferencias de la OMC, en adelante llamado, OSD (sigla para Órgano de Solución de Diferencias) tiene jurisdicción sobre cualquier diferencia entre los Miembros de la OMC que tengan por objeto las disposiciones de cualquiera de los “acuerdos abarcados” previstos en el Apéndice 1 del ESD, es decir, una controversia que se basa en la violación de la normativa de la OMC sólo puede ser decidida en el foro multilateral. Entre los órganos de la OMC que participan en la solución de las diferencias cabe distinguir una institución política, el Órgano de Solución de Diferencias-OSD, y las instituciones independientes y casi judiciales que son los Grupos Especiales-GE, el Órgano de Apelación-OA y los árbitros²⁹.

International Economic Law, nº4, 2001; 3) “This has been described as a pragmatist approach based on power-oriented diplomacy vis-avis a rule-oriented legalist approach”. BUGGE, Thorbjorn Daniel. **WTO Adjudication**. Forlaget Thompson A/S, 2005, p.110.

²⁶ “The principal argument in favor of a relatively more legalistic system is that it would better promote compliance with GATT rules than would a negotiation/consensus system.” Davey, William J., *Dispute Settlement in GATT*. 11 *FORDHAM INT’L L.J.* 51, 1987.

²⁷ Jackson, John, ob. cit., pág., 5.

²⁸ “It evolved over many years in case law on the basis of Article XXIII GATT and its merely rudimentary prescription of amicable dispute resolution. It evolved in a process of trial and error as a matter of inductive practices and customary law, finally recorded and further amended in subsequent negotiations. Over time, and upon early commencing a practice to use panels instead of working groups, approaches to dispute settlement more and more turned away from seeking a conciliatory, equitable solutions, but to serve the process best by making a legal assessment of the case and frame recommendations to the Contracting Parties accordingly. A careful and successful balance of trade policy and legal discipline emerged”.-Cottier, Thomas, ob. cit., pág., 333-.

²⁹ De una manera completa, en el proceso de solución de diferencias de la OMC participan las partes y los terceros, el OSD, los grupos especiales, el Órgano de Apelación, la Secretaría de la OMC, los árbitros, expertos independientes y diversas instituciones especializadas.

El OSD es político porque es compuesto, en general, por funcionarios de los Gobiernos³⁰. Los grupos especiales se componen de 3 expertos, y en casos excepcionales de 5, seleccionados específicamente para cada caso (no hay ningún grupo especial permanente, sino que se compone uno distinto para cada controversia). Los Miembros de la OMC proponen regularmente nombres para su inclusión en una lista mantenida por la Secretaría. La persona designada para formar parte de un grupo especial presta sus servicios independientemente y a título individual, y no como representante de un gobierno o de una organización. A diferencia de los grupos especiales, el Órgano de Apelación-OA, representa la segunda instancia de este procedimiento y es un organismo permanente compuesto de 7 miembros designados por el OSD por consenso para un período de cuatro años, renovable por una vez. El OA se ocupa de examinar los aspectos jurídicos de los informes emitidos por los grupos especiales (no examina pruebas o hechos). Funciona como un tribunal de casación.

El ESD también prevé un arbitraje alternativo a los grupos especiales y al Órgano de Apelación. De esta manera, los árbitros pueden ser llamados para resolver ciertas cuestiones en distintas etapas del proceso (cuando hay desacuerdo en cuanto a la determinación del plazo prudencial y en cuanto al nivel de retorsión). Los laudos arbitrales no son objeto de apelación, y pueden hacerse cumplir por conducto del OSD. El ESD prevé el desarrollo del procedimiento de solución de controversias en tres fases:

1ª Fase (consultas): La solicitud de celebración de consultas señala el inicio formal de la diferencia en la OMC y pone en marcha la aplicación de las reglas del ESD. Junto con los buenos oficios, la conciliación y la mediación, las consultas son los instrumentos no judiciales (en otras palabras, diplomático) del sistema de solución de diferencias de la OMC.

³⁰ El OSD se compone de un presidente (jefe de la misión permanente de uno de los países Miembros que es nombrado por consenso entre los Miembros de la OMC) y de los representantes de todos los Miembros de la OMC (representantes de los gobiernos, en general de categoría diplomática y que pertenecen a los ministerios de comercio o de asuntos exteriores). En su condición de funcionarios gubernamentales, los representantes reciben instrucciones de sus gobiernos sobre las posiciones que deben adoptar y las declaraciones que han de hacer en el OSD. Por consiguiente, el OSD es un órgano político. El OSD se ocupa de supervisar el entero procedimiento de solución de diferencias. Tiene facultades para establecer grupos especiales, adoptar informes de los GE y del OA, vigilar la aplicación de las recomendaciones y autorizar las medidas de retorsión cuando un Miembro no cumple las resoluciones (artículo 2 del ESD).

2ª Fase (Grupo Especial): Si las consultas celebradas no alcanzan resultados satisfactorios para las partes, el reclamante podrá solicitar al OSD la constitución de un Grupo Especial. Este deberá contener una evaluación objetiva de los hechos y un examen de la conformidad de las medidas objeto de la reclamación con las disposiciones pertinentes de los instrumentos jurídicos.

3ª Fase (Órgano de Apelación): el Órgano de Apelación examina los aspectos jurídicos de la impugnación y puede confirmar, modificar o revocar las constataciones del grupo especial (artículo 17.13). El ESD prevé que las partes podrán adoptar respecto de los informes tres actitudes:

- *Cumplimiento:* Se insiste en que la parte que ha incumplido sus obligaciones acate las recomendaciones del Grupo Especial o del Órgano Especial. Cuando resulte imposible hacerlo inmediatamente, el OSD podrá conceder un plazo prudencial para hacerlo.

- *Pago de una compensación:* Cuando la parte infractora excede el tiempo prudencial sin aplicar las recomendaciones o resoluciones, la parte reclamante podrá pedir una compensación. También es admisible que la propia parte infractora ofrezca esta medida.

- *Medidas de retorsión:* Cuando la parte infractora no cumple las recomendaciones y se niega a ofrecer una compensación, la parte afectada puede solicitar al OSD que le autorice a tomar medidas de retorsión en detrimento de aquel país. Éstas en principio deben ser aplicables en los mismos sectores en que el Grupo Especial haya determinado la existencia de una infracción. Sólo si se considera que ello no es posible, podrá autorizar medidas de retorsión en otros sectores del mismo acuerdo.

Importa señalar que el ESD preserva la facultad de las partes recorrieren a los mecanismos diplomáticos de solución de controversias, como la mediación, buenos oficios, conciliación. Por este motivo, varios autores denominan el ESD como un sistema de estructura dual de solución de controversias en la medida en que proporciona un forum de negociación y un juicio por medio del proceso formal de solución de conflictos.³¹ Es decir, “this is evident in the duality constituted by access to negotiated solutions

³¹“The first general noteworthy aspect of the dispute settlement procedures under the GATT and WTO is that they represent an extension and application of the basic dualistic structure of the multilateral system. Simultaneously the procedures provide a forum for negotiations and a codified, and fairly elaborate, code of conduct.” BUGGE, Thorbjorn Daniel. *WTO Adjudication*. Forlaget Thompson A/S, 2005, pág.,111

through consultations and a right to adjudicate solutions through the formal dispute settlement process.”³² Esta dualidad hace con que el ESD no sea completamente un proceso jurídico, motivo por el cual varios autores lo llaman de un procedimiento de solución de controversias “casi-judicial”.³³

2. Puntos de semejanzas e asimetrías entre los distintos mecanismos de solución de controversias

a) Alcance y naturaleza de las normativas de integración: El desarrollo de las reglas procesales está relacionado al grado de profundidad de integración aspirados en los distintos bloques económicos. Así, por ejemplo, si por un lado, la Comunidad Andina-CAN logró establecer un ordenamiento jurídico propio que trasciende por su institucionalidad a los acuerdos de cooperación y de libre comercio en la medida en que cuenta con un control jurisdiccional; por otro, el MERCOSUR busca establecer un acuerdo que garantice la libre circulación de bienes y servicios, aunque tenga una aspiración más ambiciosa a largo plazo³⁴. Como consecuencia la normativa Mercosureña no es automáticamente incorporada a los ordenamientos jurídicos de los países miembros, sino que tiene que ser aprobada por sus respectivos Congreso.³⁵ Las decisiones en el Mercosur son tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes. Ellas, aunque no tengan aplicación directa (necesitan ser “internalizadas”), son de naturaleza obligatoria. El Protocolo de Ouro Preto establece el compromiso de los Estados Partes de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las normas del Mercosur en sus respectivos territorios (artículo 38). En la medida en que el sistema de toma de decisiones del Mercosur es intergubernamental (y no supranacional, como en el caso de la CAN), se hace necesaria la incorporación de las normas aprobadas en el ordenamiento jurídico de sus Estados Partes. El acto de incorporación de esas normas deberá ser comunicado a la Secretaría Administrativa del Mercosur.

³² BUGGE, Thorbjorn Daniel. *WTO Adjudication*. Forlaget Thompson A/S, 2005, pág., 111.

³³ EHLERMANN, *Experiences from the WTO Appellate Body*. Texas Int L.J. 38, 2003, p.478; BUGGE, Thorbjorn Daniel, ob. cit., pág., 144.

³⁴ Toledo, Ricardo Vigil. “La Cooperación entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005, pp.779-808.

³⁵ Las implicaciones generadas por la ausencia de la supranacionalidad en el Mercosur es un tema de constante debate entre los estudiosos del tema. Operti señala que buena parte del derecho del Mercosur no entra en vigor ya que las resoluciones aprobadas no son incorporadas por los países Miembros en sus ordenamientos jurídicos internos. Vea Operti, 2004.

En la CAN, al contrario, las leyes son supranacionales y las sentencias del TJCA adquieren fuerza ejecutiva automáticamente, además de vincular a todos los países Miembros de la CAN y no sólo los países involucrados en la controversia.³⁶ La normativa de la CAN, a semejanza del derecho comunitario europeo, creó un verdadero Tribunal Supranacional, conformó un derecho constitucional comunitario que tiene primacía sobre el derecho nacional de los países Miembros y que escapa al control de constitucionalidad por parte de los Tribunales nacionales.³⁷ Cabe señalar que la preeminencia de la norma comunitaria sobre las norma del derecho interno de los países miembros no tiene facultad derogatoria sobre los derechos nacionales sino que establece la inaplicabilidad. Es decir, únicamente torna inaplicable la norma del país miembro que colisione con la regla comunitaria, pero no la deroga³⁸.

Algunos MSCs prevén procedimientos específicos garantizan la uniformidad e integración de las normativas comunitarias con la normativa interna de los respectivos países miembros a través de la promoción de la actuación coordinada de los Tribunales de los MSC con los Tribunales nacionales. En el Mercosur, los Tribunales nacionales tienen la discrecionalidad de solicitar “opiniones consultivas” al TPR respecto a cualquier cuestión jurídica comprendida dentro del Derecho Mercosureño. En el caso de la CAN esta actuación de los Tribunales se hace por medio de una demanda propia que se llama “interpretación pre-judicial” que, al contrario de lo que pasa en el Mercosur, es obligatoria pues los Tribunales nacionales tienen el deber de solicitar la interpretación del Tribunal Andino cuando conozcan un proceso en que deba aplicarse alguna de las normas del ordenamiento jurídico andino. Las opiniones consultivas, en el seno del

³⁶“Para su cumplimiento, las sentencias y laudos del Tribunal y los laudos de la Secretaría General no requerirán de homologación o exequatur en ninguno de los Países Miembros.”(art. 41 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina).

³⁷ Ha sido bastante discutida la cuestión de la supranacionalidad versus la opción intergubernamental. Como señala Sierralta, “la experiencia de la CAN y el MERCOSUR nos muestran en la realidad estas dos situaciones, lo que posibilita ver con mayor claridad las ventajas y los beneficios, ya que el primero se caracteriza por su clara institucionalización y en consecuencia, por el predominio de normas (Decisiones) por encima de la soberanía de sus países miembros; y el otro por la relativa informalidad.” Sierralta R, Anibal, “Los mecanismos de solución de controversias en la Comunidad Andina de Naciones: desarrollo, tendencias y los desafíos del comercio internacional”, en *Integración Regional: Intercambio de experiencias entre la Comunidad Andina, el Mercosur y la Unión Europea*. CEPAL & Department for International Development United Kingdom, Lima, Marzo, 2005.

³⁸Idem

MERCOSUR, no son obligatorias ni vinculantes (tienen naturaleza de parecer), pero las sentencias emitidas por el TJCAN en las acciones de “interpretación pre-judicial” lo son. Así, el Tribunal o juez nacional deberá adoptar en su sentencia la interpretación del TJCAN (art. 35 TCT).

En TLCAN también ocurre situación semejante a lo que ocurre en el MERCOSUR. Aquel Tratado establece que cuando una cuestión de interpretación o de aplicación de sus artículos surja en un procedimiento judicial o administrativo interno de una Parte y se considere que sea necesario intervención, la Comisión de Libre Comercio (conformada por los ministros de comercio de las Partes) deberá emitir una opinión.³⁹ Sin embargo, la Comisión no posee poder decisorio. Las decisiones poseen efecto vinculante y aplicación inmediata. Cuando el asunto es dumping y subsidios, el TLCAN es más rígido. El capítulo XIX del Tratado establece que cada una de las Partes reemplazará la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre anti-dumping y cuotas compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional.⁴⁰ De esta forma, en estas materias, las decisiones poseen efecto vinculante.

Cuanto al ámbito de aplicación, el régimen de solución de controversias varía según sea el contenido del texto principal. Así en el TLCAN, las divergencias pueden incidir sobre un capítulo genérico dirigido sobre “la interpretación y aplicación” del Tratado (Capítulo XX), así como en “antidumping o cuotas compensatorias” (Capítulo XIX) y en materia de inversiones realizadas por un inversionista de una Parte en el Estado receptor de las mismas (Capítulo XI). En el de MERCOSUR el ámbito de aplicación se refiere a la “interpretación, aplicación e incumplimiento” de las normas de los respectivos instrumentos, así como de otros acuerdos y protocolos celebrados en el marco de los mismos o de resoluciones adoptadas por los órganos competentes. En la CAN el ámbito de aplicación está dividido en función de la materia o la naturaleza de la acción, tal como en el TLCAN. De esta forma la Secretaría General es competente para solucionar administrativamente los conflictos en la materias vistas en el capítulo anterior (salvaguardias, subsidios, dumping, etc) y, a su vez, el Tribunal de Justicia en otras materias (laborales) o acciones (acciones de incumplimiento, de interpretación prejudicial, etc.). Solamente en el caso de las “acciones de incumplimiento” se verifica la necesidad indispensable de la actuación conjunta de estos dos órganos.

³⁹ CAPITULO XX, artículo 2020.

⁴⁰ Artículo 1904

b) Naturaleza del MSC: Aunque existan otras formas de composición de los litigios, como la mediación y la conciliación (diplomáticas), las principales son la de naturaleza judicial, arbitral y las negociaciones. Esta última es la más recurrida ya que da inicio al desarrollo del procedimiento de solución de conflictos en los distintos esquemas de integración. La negociación implica lograr que dos partes, con intereses diferentes o en conflicto, se reúnan para llegar a un acuerdo. Por su parte, a través del arbitraje las partes someten su divergencia a la opinión de un árbitro, que actúa como si fuera un juez pero con la diferencia que ha sido escogido por las mismas y se le ha revestido de poder, de allí su carácter autocompositivo.⁴¹ Existen arbitrajes en los que ambas partes están obligadas a aceptar el fallo del árbitro mientras que en otras tienen la facultad de rechazar su decisión e interponer una apelación. Este mecanismo se ha difundido al rededor del mundo para solucionar conflictos comerciales.⁴² A su vez, los mecanismos judiciales son aquellos que contienen órganos independientes y permanentes compuestos por magistrados de la carrera jurídica. Estos deben conocer prácticamente todo el derecho comunitario, tanto sustantivo como adjetivo; sus actuaciones y audiencias deben ser siempre públicas, así como sus resoluciones, no

⁴¹ El arbitraje, como señala Sierralta, “utiliza un método o procedimiento específico o las partes pueden diseñarlo, los plazos son más cortos dotándolo de celeridad; la especialización de sus miembros permite arribar a decisiones en razón de la especificidad de la controversia; posee, además, un ritmo distinto, siendo sus árbitros usualmente escogidos por las partes. Las audiencias y los acuerdos son privados.” Sierralta, R, Anibal, ob.cit.

⁴² Se han propuesto una serie de reglas y procedimientos tanto para el arbitraje como para la conciliación comercial internacional. Los principales procedimientos son los elaborados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) y por la Cámara de Comercio Internacional de París. Pero existen, además, otras reglas y procedimientos, como son el Convenio MIGA (Multilateral Investment Guaranty Agency) para las inversiones, que también prevé un medio de conciliación; la Overseas Private Investment Corporation (OPIC), para solución de controversias en el ámbito de la inversión privada; el Tribunal Marítimo, para conflictos navieros, y las Cortes de Arbitraje de Suiza. Asimismo, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el Overseas Economic Cooperation Fund, de la Agencia de Cooperación Económica del Japón, y su similar de Alemania, la Kreditanstalt für Wiederaufbau, que regulan las posibles controversias en los programas de asistencia y cooperación internacional. Recientemente, se creó el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas, que ha sido diseñado para proporcionar a los agentes que realicen negocios dentro del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

pueden salirse de los plazos que conllevan aspectos de caducidad o prescripción.

Los MSC analizados en este estudio poseen multi-naturaleza, es decir, contienen procedimientos de solución de conflicto que mezcla medios diplomáticos, arbitraje, órganos casi-judiciales y órganos judiciales. La aplicación de cada uno de ellos depende del grado de complejidad de la controversia y de la importancia económica del producto afectado, factores que van interferir, en última instancia, en la predisposición de las partes para llevar la demanda hasta la última instancia, que en general posee el carácter casi-judicial o judicial. De esta forma, todos los MSC regionales y el multilateral fomentan las negociaciones o conciliaciones, como fase inicial. En el MERCOSUR, CAN, TLCAN y OMC existe la previsión del arbitraje.⁴³ Este medio de solución de conflictos es representado por: los paneles binacionales en el TLCAN; los Tribunales *Ad Hoc* y el TPR en el MERCOSUR; los Grupos Especiales y los árbitros llamados para resolver los desacuerdos en cuanto a la determinación del plazo prudencial y en cuanto al nivel de retorsión en la OMC. El Órgano de Apelación de la OMC es un órgano casi-judicial y el TJCAN es el único órgano judicial existente en los MSC analizados en este estudio. Importa señalar que consideramos el TPR del MERCOSUR como un arbitraje por sus características y modo de funcionamiento, como explicado anteriormente, aunque el nombre designe lo incorrectamente como “Tribunal Permanente”.

Interesante observar que algunos autores hacen la distinción entre los métodos formales e informales de solución de controversias por medio de la diferencia entre el “legalismo” y “pragmatismo”. Como señala Huntington, el “legalismo” se refiere a un modelo de solución de controversias destinado sobre todo, a producir el cumplimiento de las normas de integración. Un verdadero sistema “rule-oriented” implica en un sistema adjudicatorio de toma decisión y en un estricto procedimiento para el cumplimiento de los fallos, como sería el de la OMC y el de la CAN. El “pragmatismo”, en cambio, hace referencia a un modelo más flexible, diseñado principalmente para facilitar las negociaciones entre las partes, como el del Mercosur. En un sistema pragmático, las decisiones se toman por consenso de las partes, y el procedimiento para el cumplimiento de los fallos se destina mayormente

⁴³ Así por ejemplo en la CAN, el mecanismo de arbitraje está reconocido dentro del derecho comunitario, a través del art. 38 de la Decisión 472, que establece la función arbitral del Tribunal Andino de Justicia y de la Secretaría General. El laudo arbitral es una decisión de acatamiento obligatorio en los cinco países basado en la supranacionalidad de las instituciones comunitarias. El mecanismo judicial es aquel que se desarrolla en el TJCAN.

a favorecer la celebración de nuevas negociaciones en lugar de obligar la parte a cumplir el fallo.

c) Composición de los órganos: En la OMC, en el TLCAN y en el Mercosur los árbitros no necesitan ser profesionales formados en derecho. Tampoco existe este requisito para la composición del Órgano de Apelación de la OMC. Lo que se requiere es que tenga conocimiento de derecho y comercio internacional. Por otro lado, la normativa andina es claramente más estricta a este respecto y su mecanismo de solución de diferencias está basado en un sistema judicial y administrativo. En la CAN, al contrario, los miembros del Tribunal de Justicia deben ser profesionales del derecho.

d) Medidas cautelares o provisionales: En el MSC de la OMC no se puede hacer uso de medidas cautelares. Por otro lado, en la CAN y en el MERCOSUR, la parte que posee presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación pueda ocasionar daños graves e irreparables a una de las partes en la controversia, podrá dictar las medidas provisionales que considere apropiadas para prevenir tales daños. También en el TLCAN el Tribunal arbitral podrá autorizar la aplicación de medidas provisionales.⁴⁴

e) Soporte técnico: Los MSC regionales, bien así el de la OMC prevén la posibilidad de que los órganos decisorios cuenten con el soporte de técnicos, es decir, de profesionales especializados en tema científicos o que requieran análisis más complejos. Esto es bastante común en las demandas que requieran un conocimiento técnico específico, como las que involucran medidas sanitarias y fitosanitarias. En el caso del Mercosur, el GMC puede requerir, cuando considere necesario, el asesoramiento de expertos.⁴⁵ En la CAN, la Secretaría General podrá, en caso de que un País Miembro lo solicite, designar un experto (persona de reconocida competencia técnica externa a la institución) para asesorar cuanto a un tema específico.⁴⁶ En el TLCAN la Comisión podrá convocar asesores técnicos o crear los grupos de

⁴⁴ a) Dictámenes de expertos: El tribunal, a petición de una parte contendiente, o por iniciativa propia a menos que las partes contendientes no lo acepten, podrá designar uno o más expertos para dictaminar por escrito cualquier cuestión de hecho relativa a asuntos ambientales, de salud, seguridad u otros asuntos científicos que haya planteado una parte contendiente en un procedimiento (artículo 1133); b) Medidas provisionales de protección: El tribunal podrá ordenar una medida provisional de protección para preservar los derechos de la parte contendiente o para asegurar que la jurisdicción del tribunal surta plenos efectos, incluso una orden para preservar las pruebas que estén en posesión o control de una Parte contendiente, u ordenes para proteger la jurisdicción del Tribunal (artículo 1134).

⁴⁵ Artículo 6 del Protocolo de Olivos

⁴⁶ Artículo 70 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría.

trabajo o de expertos que considere necesarios.⁴⁷ En la OMC, el Grupo Especial tiene derecho a obtener el asesoramiento técnico que estime conveniente.⁴⁸

f) Participación de los particulares: En la CAN los particulares poseen el derecho de accionar el MSC. En el MERCOSUR, este derecho es indirecto y está vinculado a la voluntad del Gobierno de su país. Esto porque los particulares afectados deben formalizar sus reclamos ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios y dependen de la aceptación de este órgano de llevar el reclamo adelante. En la OMC, los particulares no pueden acceder al OSD, sino que solamente los países. Lo mismo sucede en el TLCAN, con excepción de las controversias en materia de inversiones, en relación a las cuales se permite la participación directa de los privados, sin la necesidad de involucrar los Estados miembros. En este caso, el inversionista de un país podrá accionar directamente el inversionista de otro país.⁴⁹

g) Participación de ONGs: En el ámbito multilateral existe la figura de los *animus curae*, los cuales pueden ser personas u entidades sometidas a la jurisdicción de un país miembro. Basado en una interpretación del artículo 13 del ESD el Órgano de Apelación aceptó la intervención por primera vez la intervención del *animus curie* en el caso Estados Unidos-Camarones.⁵⁰ Actualmente, mucho se debate sobre la conveniencia o no de esta intervención. La figura del *animus curae* no está presente en los MSC regionales.

h) Fases Procesales:

El TLCAN y la CAN contemplan un modelo de solución de controversias “uninstancial”⁵¹. Es el mismo órgano (tribunal arbitral o panel, SG y TJCAN) el que decide la controversia. En el caso del TLCAN, el panel emite un informe preliminar que deberá apegarse a una estructura determinada (artículo 2016) sujeto a observaciones de las partes contendientes, para luego emitir un informe final (artículo 2017). Por otro lado los modelos del MERCOSUR y de la OMC permiten que las decisiones del tribunal arbitral o del grupo especial estén sujetas a apelación ante un grupo de individuos distintos a aquellos que conformaron el grupo

⁴⁷ Artículo 2007 del Capítulo XX

⁴⁸ Artículo 13 del ESD

⁴⁹ Artículo 1117 del Capítulo XI

⁵⁰ Documento WT/DS58/AB/R, adoptado en 6 de noviembre de 1998.

⁵¹ Witker, 2005: 266.

especial (artículos 16.4 y 17 del ESD). Abajo sigue un síntesis de las fases procesales:

Cuadro 2- Fases procesales

MSC	Especificidades	Fase Pre-contenciosa	Fase Contenciosa
OMC		1º- Consulta	2º- Grupo Especial 3º- Organo de Apelación
CAN	SG (antidumping, salvaguardia, etc)	1º- Consulta	2º- SG 3º- SG
	TJCA	1º- Consulta	2º- TJCA 3º- TJCA
MERC OSUR		1º- Consulta	4º- Tribunal Arbitral <i>Ad Hoc</i>
		2º- CCM	5º- Tribunal Permanente de Revisión
		3º- GMC	
TLCAN	Artículo 11 (inversiones)	1º- Consulta	2º- Panel arbitral (reglas según CIADI o CNUDMI) 3º- Revisión (reglas según CIADI o CNUDMI)
	Artículo 19 (AD y med. compensatorias)	1º- Consulta	2º- Panel arbitral 3º- Revisión por el Comité de Impugnación Extraordinaria (en casos excepcionales)
	Artículo 20 (general)	1º- Consulta 2º- Comisión de Libre Comercio	3º- Panel arbitral

Fuente: *Elaboración propia*

La solución de controversias en el **derecho comunitario andino (CAN)** está confiada, en pequeña parte a la Secretaria General-SG, pero fundamentalmente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina-TJCA. Las controversias que tramitan en la SG están relacionadas a necesidad de esta se manifestar previamente a la adopción por cualquier país de medidas correctivas de las distorsiones en el comercio (*antidumping*, medidas compensatorias, salvaguardia, etc.). En este sentido, la Secretaria General, de oficio o a pedido del interesado, debe conducir las investigaciones para la verificación de prácticas restrictivas del comercio. Las resoluciones de la SG pueden ser revistas, por ella misma de oficio o por medio del recurso de consideración. Se consideran causales de revocatoria las siguientes: cuando

las resoluciones sean nulas de pleno derecho⁵² o cuando contengan algún vicio⁵³.

Tribunal de Justicia posee competencia para decidir las siguientes acciones: i) Acción de nulidad; ii) Acción de incumplimiento; iii) Acción de interpretación prejudicial; iv) Recurso por omisión; v) Arbitraje; vi) Acciones laborales. Las acciones de incumplimiento son las más comunes de ocurrir y consisten en un reclamo en el que se alegue que algún País Miembro incumple con sus obligaciones derivadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino. Está compuesta de dos fases: una de carácter previo que se adelanta ante la Secretaría General y otra propiamente judicial que se sigue ante el Tribunal de Justicia Andino. En la primera fase la SG emitirá un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones.⁵⁴ Sobre el dictamen motivado no procede recurso alguno. Independientemente del sentido del Dictamen de la SG, tras su emisión (o en su falta) se abre la opción del país reclamante acudir al Tribunal de Justicia-TJCA.⁵⁵ La actuación de la SG constituye un presupuesto procesal para que se desarrolle el proceso frente al TJCA.⁵⁶ Si la sentencia del Tribunal fuere de incumplimiento, el País Miembro cuya conducta haya sido objeto de la misma, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de 90 días siguientes a su

⁵² Las Resoluciones serán nulas de pleno derecho: a) cuando contravengan el ordenamiento jurídico de la CAN, b) cuando su contenido sea de imposible o de ilegal ejecución; c) cuando hubiesen sido dictados por personas incompetentes o con prescindencia de normas esenciales del procedimiento (artículo 12 del Reglamento de procedimientos administrativos de la Secretaría General)

⁵³ Los vicios de las resoluciones que no lleguen a producir la nulidad de pleno derecho conforme al artículo 12, las harán anulables (artículo 13 del Reglamento de procedimientos administrativos de la Secretaría General).

⁵⁴ La etapa prejudicial concluye con la emisión de un Dictamen motivado en el que la Secretaría General refleja su opinión sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias y de ser el caso, fija un plazo para que el País Miembro subsane el incumplimiento (art.23 TCT y Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento, establecido mediante la Decisión 623)

⁵⁵ El Tribunal ha sostenido que "... a través de dicha acción, se persigue garantizar la observancia de los objetivos del proceso de integración dentro de la Comunidad Andina, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que han asumido los Países Miembros desde la firma del Acuerdo de Cartagena." Sentencia dictada dentro del Proceso 52-AI-2002, Secretaría General c/ República Bolivariana de Venezuela, publicada en G.O.A.C. N° 990 del 1/10/2003

⁵⁶ Sentencia dictada dentro del Proceso 52-AI-2002, Secretaría General c/ República Bolivariana de Venezuela, publicada en G.O.A.C. N° 990 del 1/10/2003.

notificación (art. 27 TCT).⁵⁷ Las sentencias sólo son revisables por el mismo Tribunal, cuando se toma conocimiento de algún hecho que hubiere podido influir decisivamente en el resultado del proceso y este hecho hubiere sido desconocido en la fecha de la expedición de la sentencia por quien solicita la revisión (art.29 TCT)⁵⁸.

El MSC del **MERCOSUR** es marcado por la flexibilidad en el establecimiento del procedimiento de solución de controversias. Esto porque las partes pueden optar por un procedimiento más ágil, es decir, con menos fases procesales o por el procedimiento completo de solución de controversias. El primer se debe al hecho de que la actuación del Grupo mercado Común-GMC pasa a ser una opción de las partes, las cuales también pueden llevar la controversia directo al Tribunal Arbitral o incluso directamente al Tribunal Permanente de Revisión (*per saltum*)⁵⁹. A su vez, las partes pueden optar por el procedimiento completo, el cual se desarrolla en cuatro fases: i) negociaciones directas entre los países; ii) intervención optativa del Grupo Mercado Común⁶⁰ en cual formula recomendaciones. El carácter vinculante de estas recomendaciones no está expreso en el Protocolo de Olivos (artículo 7) y en este sentido la doctrina considera que no son vinculantes⁶¹; iii) Tribunal Arbitral *Ad Hoc* dicta el laudo arbitral

⁵⁷ La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en las controversias iniciadas por personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere (art. 30 TCT).

⁵⁸ La demanda de revisión deberá presentarse dentro de los noventa días siguientes al día en que se descubra el hecho y, en todo caso, dentro del año siguiente a la fecha de la sentencia.

⁵⁹ Conforme se verifica, el TPR actúa como un verdadero tribunal de casación en el caso de la revisión de los laudos librados por los tribunales arbitrales *ad hoc* y como tribunal de última instancia cuando las partes acuerdan voluntariamente someter la solución de sus diferencias directamente al TPR. En este caso tienen las mismas competencias que los tribunales arbitrales *ad hoc*.

⁶⁰ Actualmente la intervención no es más obligatoria. Sin embargo, el protocolo de Brasilia establecía la intervención obligatoria del GMC antes de poder acudir al arbitraje. Para algunos doctrinadores esta modificación normativa se debe a dos factores: economía procesal y poca eficacia de la intervención del GMC ya que raros acuerdos se lograban en esta fase.

⁶¹ Cardenas Emilio J; Tempesta, Guillermo, 2001, "Arbitral Awards under Mercosur's Dispute Settlement Mechanism", Journal of International Economic Law (2001), pp.3337-366 ; Garcia, Ricardo Olivera, "Dispute Resolution Regulation and Experiences in Mercosur: the recent Olivos Protocol", Law and Business Review of the Americas, Fall, 2002.

que es obligatorio para las partes y tiene, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada tras el transcurso del plazo para interponer el recurso de revisión; iv) el recurso dirigido al Tribunal Permanente de Revisión está limitado a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc*⁶². Los laudos del TPR son inapelables, obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada.⁶³

El **TLCAN** contiene una mezcla de mecanismos de solución de controversias que se distinguen por el grado de elaboración de las reglas procesales, de profundidad del aparato institucional y por la materia objeto de litigio. Los principales mecanismos para la solución de controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) se encuentran en los capítulos 11, 19 y 20 del tratado, los cuales prevén desde procedimientos para solucionar conflictos relativos a inversiones, medidas *antidumping* y compensatorias, y a otros asuntos comerciales en general. Además, el TLCAN también prevé procedimientos específicos para la solución de controversias relativas a asuntos laborales, medio ambiente y servicios financieros.

En todos los MSC el procedimiento se inicia por medio de las consultas directas entre las partes. Si estas no logran llegar a un acuerdo el proceso a un panel Arbitral⁶⁴. El caso del capítulo 11, este Tribunal es integrado por tres árbitros (cada una de las partes contendientes nombrará a uno y el tercer árbitro, quien será el presidente del tribunal arbitral, será designado por común acuerdo de ellas). Cualquiera de las partes podrá solicitar la revisión o

⁶² Los laudos de los Tribunales *Ad Hoc* dictados en base a los principios *ex aequo et bono* (de acuerdo con lo que sea justo y bueno) no serán susceptibles del recurso de revisión (artículo 17.3 PO). Una decisión dictada en base a los principios *ex aequo et bono* es aquella basada en lo que sea justo y equitativo, lo que implica en un análisis que va más allá de lo que está previsto legalmente. La otra parte en la controversia tiene derecho a contestar dentro del plazo de 15 días de su notificación y el TPR se pronunciará en un plazo máximo de 30 días (Artículos 21, 22 PO)

⁶³ Lo único que se puede interponer es un recurso de aclaratoria para solicitar una aclaración sobre la forma en que el laudo deberá cumplirse (artículo 28 PO).

⁶⁴ En el caso de las controversias bajo el Capítulo 11, el inversionista podrá optar por las reglas procesales de uno de los siguientes mecanismos de arbitraje (artículo 1120): i) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial; ii) Las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI; y iii) Las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (Reglas de CNUDMI / UNCITRAL). Vea el artículo 1120 del TLCAN.

la anulación del laudo emitido por el tribunal arbitral, el cual seguirá las reglas procesales establecidas en el mecanismo de arbitraje elegido.

El procedimiento previsto en el capítulo 19 prevé en la primera fase la constitución de un panel binacional para requerir que se revise una decisión emitida por una autoridad competente de cada país relacionada con las importaciones. Los paneles revisan las resoluciones finales de derechos *antidumping* y derechos compensatorios con la exclusiva misión de determinar si la entidad administrativa pertinente aplicó correctamente sus leyes sobre derechos *antidumping* y derechos compensatorios. La decisión adoptada por el panel es vinculante y no recurrible⁶⁵. Sin embargo existe un nivel de revisión de las decisiones de los paneles binacionales (procedimiento de impugnación extraordinaria) cuyo objetivo es el de preservar la integridad de ellos cuando ocurren circunstancias excepcionales⁶⁶.

Las disposiciones del capítulo 20 rigen para todas las controversias relacionadas con la interpretación o aplicación del TLCAN, salvo las controversias en materia de *antidumping* y medidas compensatorias (a las cuales se aplica el procedimiento del capítulo XIX). Las etapas son: i) consultas entre los países; ii) intervención de la Comisión de Libre Comercio (conformada por los ministros de comercio de las Partes)⁶⁷. La Comisión no decidirá la controversia, su función es brindar apoyo para que las Partes logren un acuerdo; iii) Panel arbitral debe presentar un informe preliminar con recomendaciones útiles para solucionar la controversia. Las Partes contendientes podrán hacer observaciones por escrito sobre el

⁶⁵ Ninguna de las Partes establecerá en su legislación interna la posibilidad de impugnar ante sus tribunales nacionales una resolución de un panel (artículo 1904.11).

⁶⁶ Estas circunstancias son: i) alguno de los dos gobiernos estima que un fallo ha sido materialmente afectado porque un miembro del panel ha incurrido en un grave conflicto de intereses; ii) alguno de los dos gobiernos estima que un fallo ha sido materialmente afectado porque el panel se ha apartado de manera grave de una norma fundamental de conducta; iii) alguno de los dos gobiernos estima que un fallo ha sido materialmente afectado porque el panel se ha excedido ostensiblemente en sus facultades en virtud del Tratado. Vea el artículo 1904.13 del TLCAN.

⁶⁷ La Comisión podrá, a fin de apoyar a las Partes consultantes a lograr una solución mutuamente satisfactoria: a) convocar asesores técnicos o crear los grupos de trabajo o de expertos que considere necesarios; b) recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias; o c) formular recomendaciones.

informe preliminar (artículo 2016). Posteriormente, el panel presentará una determinación final (artículo 2017).

Un aspecto importante dice respecto a los distintos efectos jurídicos que generan los laudos arbitrales. El laudo emitido por Paneles binacionales bajo el Capítulo 20 no tienen ningún efecto directo en el derecho interno o los organismos de los Estados partes. Por otro lado, el laudo emitido bajo el Capítulo 19 es vinculante y sirve como un sustituto de la revisión judicial interna de *antidumping* o de derechos compensatorios.

i) Cumplimiento de las decisiones: El efecto del incumplimiento de la decisión final en los MSC regionales y en el multilateral sigue una lógica semejante. Así, en todos ellos el Estado beneficiado por el fallo podrá aplicar medidas de retorsión (o suspensión de concesiones), cuyo valor será equivalente al valor del daño sufrido. La normativa de la OMC además prevé que las partes deben buscar una compensación mutuamente aceptable antes de partir para la aplicación de retorsión.⁶⁸

Todas las distintas normativas establecen que la parte victoriosa procurará primeramente suspender los beneficios dentro del mismo sector o sectores que se vean afectados por la medida cuestionada. Sin embargo, si se considera que no es factible ni eficaz suspender beneficios en el mismo sector o sectores, podrá suspender beneficios en otros sectores. El Estado afectado por las medidas compensatorias podrá cuestionarlas si considere excesivo el valor de la retorsión aplicada. Sin embargo, en la CAN este cuestionamiento no existe pues es el propio Tribunal quien decide el valor de la retorsión a ser aplicado, es decir, no es una iniciativa de la parte.⁶⁹

Cumple señalar que a pesar de todos estos MSC previeren la aplicación de medidas de retorsión, el procedimiento para aplicarlas es distinto en cada uno de ellos. En el MERCOSUR la parte puede aplicar la retorsión directamente después que se vence el plazo para cumplimiento establecido en la propia decisión. En el TLCAN, si las partes no llegan a un acuerdo satisfactorio para el cumplimiento de la decisión dentro de los 30 días tras la emisión de la misma, la parte interesada podrá aplicar la retorsión. En la CAN, vencido el plazo para cumplimiento establecido en la propia decisión, el TJCAN sumariamente y previa opinión de la Secretaría General,

⁶⁸ Artículo 22.2 del ESD

⁶⁹ Artículo 2019 del Capítulo XX del TLCAN; artículo 32.2 del Protocolo de Olivos; Artículo 22.6 del ESD; Artículo 27 TCT

determinará los límites de la retorsión.⁷⁰ En la OMC la parte tiene que pedir autorización al OSD antes de aplicar esta medida.

III. CONCLUSIÓN.

Los países de América Latina, además de participar en del MSC de sus respectivos esquemas de integración también tienen abierta la posibilidad de recurrir al MSC de la OMC, foro multilateral del cual todos ellos hacen parte. Esta jurisdicción funciona en forma complementaria a la existente en los acuerdos regionales para los casos en que la controversia recaiga a la vez en normas del acuerdo regional y en normas contenidas en los acuerdos de la OMC. Para evitar que los países puedan recurrir a los dos foros según sus conveniencias, situación que podría llevar incluso al problema de la emisión de sentencias contradictorias, se ha dado lugar a la inclusión, en los más reciente acuerdos regionales, de la cláusula de opción de foro excluyente. Según esta disposición las partes se comprometen a accionar el foro elidido primeramente, fijando así la competencia exclusiva de éste.

Sin embargo, el efecto de inmutabilidad que una decisión adquiere por medio de la cosa juzgada opera solamente entre las partes que actuaron en la contienda. Así, si bien es cierto que éstas no podrán recurrir a la OMC para revisar la decisión emitida por un MSC regional también lo es que la parte que desee plantear el mismo asunto en el foro multilateral respecto a un tercero podrá hacerlo. La cosa juzgada es obligatoria sólo inter-partes.

La decisión entre participar en el MSC multilateral o regional ha variado de acuerdo con los países involucrados y la materia tratada. Algunos países privilegian un sistema riguroso y otros un sistema más flexible; otros, buscan, la celeridad en los procedimientos vs. plazos más largos; otros por su parte, un sistema con varias instancias vs. sistema uninstancial, otros un mecanismo con participación de terceros vs. participación limitada a los Estados, etcétera.

Hay una suerte e ventajas y desventajas en la elección de uno o de otro. Los MSC regionales brindan un apoyo logístico que facilita el manejo de una controversia y cuentan con profesionales que generalmente poseen un conocimiento técnico más especializado de la materia regulada por los acuerdos regionales. Por otro lado una demanda pueda tener un costo menor en la OMC considerando que la actuación de los Grupos especiales y del

⁷⁰ Artículo 27 TCT; artículo 31.1 del Protocolo de Olivos; Artículo 22.2 del ESD; Artículo 2019 del Capítulo XX del TLCAN

Órgano de Apelación no es pagada, al contrario de los árbitros que actúan en los MSC regionales (MERCOSUR, TLCAN) y de los costos generadas por las demandas que tramitan en el Tribunal de Justicia de la CAN. Además, el foro multilateral garantiza una mayor proyección del tema en el ámbito internacional y además abre espacio para la participación de varios países como “terceros”, hechos que pueden funcionar como un importante instrumento de presión a la hora de negociar un acuerdo. Otra ventaja dice respecto a la existencia de una Secretaria bastante activa que ofrece soporte técnico a los órganos decisorios (GE y OA) y colabora en los procedimientos.

A propósito de los varios factores que son llevados en consideración en el momento de iniciar una demanda el más importante de ellos, sin duda, es la evaluación de en cual de los distintos MSC se tiene una mayor probabilidad de salir victorioso. Para los países en desarrollo, si la demanda es dirigida a un país desarrollado, el OSD es, en general considerada la opción más acertada, teniendo en cuenta la menor presión política y económica a que los órganos judiciales de este mecanismo están sujetos, si comparado con los mecanismos regionales. Por otro lado, si la controversia involucra dos países en desarrollo como reclamante y demandado, la evaluación de cual foro será el más conveniente es más difícil de predecir y dependerá de varios factores como: quien es la parte contraria, importancia regional e internacional del producto afectado, etc.

En la práctica, los países en desarrollo, cuanto actúan como Reclamantes, han buscado, para aquellos conflictos más complejos, asegurarse de que el foro sea el más judicializado posible. Esto por un motivo simple: cuanto más importante el producto afectado para la economía de los países y cuanto más complejo el tema involucrado, mayores son las presiones del sector afectado. En el escenario de las negociaciones políticas/diplomáticas, los países más débiles tienen claramente una desventaja, motivo por el cual es mejor entregar la demanda un órgano más judicializado. En este sentido la elección del forum multilateral en lugar del regional es vista como una alternativa para alejar los efectos perversos de la asimetría de poder político-económico de los países, los cuales se diluyen en un sistema más “rule-oriented”.

El análisis de los controversias en los distintos MSC evidencia que, frente a la posibilidad de elección de forum, ha sido más ventajoso quedarse en el regional en los siguientes casos: i) si en este existe mayor margen para presionarse a un acuerdo y si de hecho el país demandante posee este poder de presión (así por ejemplo, Brasil y Argentina poseen claras ventajas en la fase pre-contenciosa del MSC del MERCOSUR que en el de la OMC); ii) si

el caso es más sencillo y en general se refiere a medidas administrativas que imponen restricciones al comercio. Por otro lado, se elige el MSC multilateral en aquellos casos en que: i) el asunto es más complejo; ii) se planea llevar la controversia a las fases jurisdiccionales; iii) se desea garantizar que la controversia gane una connotación internacional y que, en consecuencia, ponga el Demandado bajo una presión de la comunidad internacional; iv) se desea garantizar la posibilidad de recurrir del fallo de primera instancia.

En síntesis, los mecanismos de solución de controversias constituyen instrumentos claves para la promoción del proceso de liberalización en la medida en que protegen el proceso de apertura de los ataques de los grupos de presión proteccionistas. Además, contribuyen a que los agentes económicos puedan contar con un ambiente lo suficientemente predecible y certero para poder desarrollar sus actividades económicas a nivel regional e internacional. No queda duda que estos mecanismos han ganado una importancia creciente en los esquemas de integración. En este sentido se verifica que los gobiernos de los países de la región están avanzando hacia un mayor nivel de madurez institucional, con una mayor aceptación, confianza y respeto por un emergente régimen de derecho en el campo de la integración económica. Esto se refleja en el creciente grado de judicialización de los MSC regionales y en la elección de aquellos en que se priman las reglas de derecho para corregir las naturales asimetrías existentes en el poder político-económico de las partes en una demanda.