

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMERCIALES EN AMÉRICA

Jorge WITKER*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El impacto de los instrumentos de libre comercio en el derecho americano*. III. *Sistemas: entre el TLCAN y la OMC*. IV. *Los problemas a resolver en el ALCA*. V. *Consideraciones finales*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Las controversias comerciales constituyen una vertiente esencial en los tratados de libre comercio a nivel global.

El ámbito de los escenarios mercantiles globales, en la actualidad ha superado los intercambios de mercancías, para incorporar servicios, inversiones, propiedad intelectual, compras gubernamentales, rubros todos de gran complejidad y que hasta ayer eran competencia exclusiva de las regulaciones internas.

El tránsito de los tratados de libre comercio de mercancías a servicios e inversiones, impacta las normativas nacionales y las diferencias y controversias se multiplican comprometiendo incluso la responsabilidad internacional de los gobiernos.

En este contexto, este artículo analiza y describe este proceso comparando los mecanismos de solución de controversias convencionales con los existentes en la Organización Mundial de Comercio (OMC) que adquieren perfiles de naturaleza institucional.

Dicho cotejo comparativo aborda la problemática que el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) enfrenta a nivel de las negociaciones en curso.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

II. EL IMPACTO DE LOS INSTRUMENTOS DE LIBRE COMERCIO EN EL DERECHO AMERICANO

El tema de los impactos que los instrumentos de libre comercio provocan en las instituciones internas, es un campo no suficientemente explorado en nuestros países americanos. Mencionaremos sólo algunos de estos impactos.

1. *Transparencia*¹

Los compromisos que los Estados asumen relativos a respetar las normativas pactadas, deben reflejarse en las políticas públicas sectoriales que ayudan a implementar el libre comercio. Así se busca asegurar una adecuada comunicación entre las autoridades y los agentes económicos sujetos de las regulaciones comerciales. La transparencia, como principio, coadyuva a asegurar la previsibilidad de las operaciones mercantiles, limitando los grados de discreción con que las autoridades locales interpretan y aplican los derechos y obligaciones derivados de los tratados de libre comercio.

2. *El trato nacional*

Bajo los esquemas de economías cerradas la discriminación entre agentes internos y externos es una característica fundamental. Así se privilegiaba a los empresarios nacionales por sobre los empresarios extranjeros. La introducción del principio de trato nacional elimina *a priori* esta distinción, en lo que respecta a los tratados o acuerdos de integración regional. La aplicación de este principio tiene un doble efecto, ya que extiende los derechos internos a los derechos otorgados a los no nacionales y recíprocamente el derecho de los no nacionales o extranjeros se extiende a los agentes internos. Temas como: derecho de expropiación o de arbitrajes entre individuos y empresas privadas y el Estado en materia de inversión, extensivo incluso a inversionistas, evidencian lo anterior.

¹ López-Ayllón, Sergio, “El impacto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en los sistemas jurídicos del continente americano”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 3, México, UNAM, enero-junio de 2005, p. 230.

3. *Homologación de interpretaciones normativas*

Los tratados de libre comercio y otros instrumentos de integración establecen un número importante de puntos de contactos u organismos (comités, grupos de trabajo, comisiones técnicas, informe de expertos, etcétera) encargados de coordinar la administración de dichos instrumentos. Lo anterior desarrolla necesariamente un intercambio de información permanente que influye las prácticas administrativas internas con lo cual se va gestando una homologación de aplicaciones normativas y regulatorias.

4. *Procedimientos internos*²

En estos instrumentos internacionales se establecen además disciplinas que, derivadas de los acuerdos de la OMC, inducen a que los procedimientos administrativos internos se armonicen y articulen. En materia aduanera, por ejemplo, los instrumentos fundamentales de las tarifas ya están comprometidos con el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías y con el Acuerdo de Valoración Aduanera; en materia de salvaguardas, normalización, propiedad intelectual, prácticas desleales de comercio e incluso compras gubernamentales, las regulaciones se han escapado de los procedimientos internos. En estos temas las políticas públicas y de desarrollo entran a cuestionar estos principios que anclados en una filosofía de libre comercio universal, ponen en entredicho los problemas del empleo, la pobreza y demás elementos que apuntan a la distribución equitativa de la riqueza. Por ello, es indispensable que en la aprobación de estos tratados de libre comercio la sociedad civil participe puesto que los efectos antes mencionados afectan directamente a las actuales generaciones

5. *Tendencia a un “derecho común”*³

Los planteamientos anteriores inducen a pensar que como expresión de la globalidad económica contemporánea estos tratados de integración y libre comercio, bilaterales o multilaterales, conduzcan a una homologación,

² *Ibidem*, p. 231.

³ *Ibidem*, p. 232.

coordinación o asimilación de normas comunes que puedan aplicarse independientemente de los distintos grados de desarrollo económico de los participantes. Pese a dicha optimista óptica de la cuestión creemos que es viable llegar a plantear un derecho común en áreas como: el derecho de la competencia económica en sus dos aspectos como regulación de prácticas restrictivas o monopólicas y de prácticas desleales de comercio, en donde si el libre comercio es un paradigma real a seguir por la comunidad internacional podría viabilizar una especie de derecho común de competencia económica. En igual sentido pensamos que en materia de inversión de protección a la propiedad intelectual y respecto al derecho de los consumidores también se podría pensar en una normativa común global.

III. SISTEMAS: ENTRE EL TLCAN Y LA OMC⁴

En el derecho comparado de los tratados de libre comercio es posible identificar dos tipos de mecanismos de solución de controversias. Aquellos mecanismos de carácter convencional, es decir, convenido por las partes y que apuntan a resolver asuntos de aplicación e interpretación del Tratado en los respectivos territorios nacionales y que generalmente expresan la asimetría de los países que suscriben dicho tratado. Buenos ejemplos al respecto son: el TLCAN de América del Norte y el bilateral TLC Chile-Estados Unidos.

Por otra parte, los mecanismos de solución de controversias institucionales en cambio, son aquellos mecanismos que existen, independientes de los tratados y que las partes soberanamente se someten a sus procedimientos y decisiones. Se trata en términos generales de los mecanismos de solución de controversias de carácter institucional que establece la Organización Mundial de Comercio.

Un importante número de países han suscrito tratados y acuerdos de libre comercio. Las formas más extendidas implican áreas de libre comercio como la conformada por México, Estados Unidos y Canadá mediante el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y las uniones aduaneras como la signada a través del Tratado de Roma de 1957 que dio nacimiento a la actual Unión Económica Europea.

⁴ Witker, Jorge, "Tratado de Libre Comercio", *El Mercurio*, Chile, p. 6, martes 15 de marzo de 2005.

Chile es un buen ejemplo de la multiplicidad de dichos tratados siendo relevantes los de la Unión Europea y Estados Unidos. Sin embargo, para algunos analistas, estos esquemas regionales atentan contra el sistema multilateral de comercio patrocinado por la Organización Mundial de Comercio (OMC) y que propicia un formato de libre comercio más simétrico y equilibrado entre economías desarrolladas y las en proceso de crecimiento. Recuérdese que la OMC, en materia de solución de controversias, conserva una sana discriminación a favor de las economías pequeñas o atrasadas.

Así, uno de los objetivos importantes de la OMC es inducir el comercio entre naciones conforme a un marco integral de normas multilaterales consensuadas por los 140 países miembros. Los esquemas bilaterales parecerían atentar contra dicha multilateralidad al desarrollar modelos parciales, asimétricos e injustos, que en ocasiones, puedan parecer más asimilación o incorporación que procesos de integración y libre comercio. En efecto, los tratados bilaterales cuando están en congruencia con la normatividad de la OMC, constituyen un estímulo real al libre comercio regional y cuando no es el caso, se vuelven un negativo precedente que luego los grandes países utilizan como referente obligado para otros tratados en gestación.

Por lo demás es un hecho que la mayoría de los países que conforman la OMC han suscrito acuerdos regionales de libre comercio. Según datos de la misma organización multilateral estos instrumentos han proliferado desde la década de los noventa. En diciembre de 2002, cerca de 250 habían sido notificados al GATT/OMC de los cuales 130 fueron informados después de enero de 1995. Actualmente, más de 170 tratados regionales de libre comercio están en vigor con 70 en operación, aunque todavía no han sido notificados. Para finales de 2005, si los tratados que están en negociación son concluidos su número total en vigor podría elevarse a 300.

La multiplicación de estos esquemas constituye una fuente de preocupación ya que no todos se ajustan a las reglas de la OMC, por ello al lanzarse la ronda del desarrollo Doha, Qatar, las partes contratantes acordaron iniciar negociaciones dirigidas a clarificar los procedimientos de la OMC aplicables a los acuerdos y tratados de libre comercio. Dichas negociaciones están muy adelantadas y han sido implementadas al grupo negociador de reglas, pertenecientes al comité de negociaciones comerciales de la OMC.

Es importante señalar que las uniones aduaneras y las áreas de libre comercio están permitidas por la normatividad multilateral. Sus fundamen-

tos jurídicos se encuentran en el artículo XXIV del GATT/OMC, que ha sido actualizado con el entendimiento sobre la interpretación de dicho artículo, por parte de la OMC.

Los acuerdos regionales de libre comercio cuentan con una base jurídica en la OMC. Asimismo, debe reconocerse su constitución en la expansión del comercio.

Si son compatibles, y por lo tanto, no atentan contra el espíritu y marco jurídico multilateral de la OMC, pueden jugar un papel estratégico en el mejoramiento de las condiciones de vida de muchos seres humanos. Sin embargo, resultaría ilusorio precisar que estos tratados, *per se* automáticamente inducen un crecimiento acompañado por una justa distribución de la riqueza. Chile y México evidencian lo anterior.

Las reflexiones precedentes, adquiere especial relevancia para América Latina. En efecto, en días pasados se anunció en Puebla, México, la reanudación de la negociación del Área de Libre Comercio de América (ALCA) con la participación renovada de Brasil y el Mercosur. Al respecto los referentes jurídicos del ALCA son ahora el TLCAN 1994 y el TLC Chile-Estados Unidos. La interrogante que salta a la vista es evaluar cuál de ambos instrumentos regionales se ajustan a la normatividad de la OMC, a fin de que los 34 países de la futura ALCA disciplinen sus políticas comerciales a un esquema multilateral simétrico y equilibrado o se deslicen por una pendiente de incorporación-asimilación, lejos de los parámetros de una integración regional que aspire a un libre comercio con equidad y progreso social.

IV. LOS PROBLEMAS A RESOLVER EN EL ALCA⁵

En materia de solución de controversias, los temas que se discuten en la mesa de negociación tienen su propio grado de dificultad para alcanzar un consenso; sin embargo, existen temas particularmente “difíciles”, ya que no todas las delegaciones persiguen los mismos objetivos al respecto. Algunas delegaciones privilegian un sistema riguroso y otras un sistema más flexible; otras, buscan la celeridad en los procedimientos *vs* plazos más largos; otras por su parte, un sistema con varias instancias *vs* siste-

⁵ Varios autores, *El Área de Libre Comercio de las Américas*, México, UNAM, 2004.

ma uninstancial, otras un mecanismo con participación de terceros vs participación limitada a los Estados, etcétera.

En síntesis, algunos de los temas que contemplan esta problemática en mayor medida son los siguientes: 1) establecimiento de un tribunal arbitral; 2) existencia de un órgano de apelación; 3) medidas en proyecto, y 4) exclusión de foros.

1. *Establecimiento de un tribunal arbitral*

Una redacción imprecisa o sujeta a compromisos futuros en materia del establecimiento de un tribunal arbitral (como lo sería el establecer listas de árbitros sujeta al consenso de las partes), pudiera resultar en una situación en que el mecanismo falle al no poderse establecer el tribunal arbitral.

En este sentido, cualquier escenario que contenga este tipo de disposiciones sujetas a la voluntad de las partes en su totalidad o que no sean claras en cuanto a los pasos a seguir en caso de que una de las partes contendientes en una controversia se niegue a designar árbitros para integrar un tribunal arbitral, ocasionaría una inseguridad jurídica, al no poder prever cómo y cuándo se iniciaría un procedimiento para la solución de una controversia. Por ello es de suma importancia contar con reglas claras y precisas al respecto.

Las discusiones en torno a este tema versan principalmente sobre los límites y alcances de la voluntad de las partes para integrar un tribunal arbitral, ocasionando cuestionamientos como los siguientes:

- ¿Debe existir un tribunal permanente o debe ser *ad hoc*?
- ¿Todos los tribunales deben estar integrados por tres o por cinco miembros, o debe dejarse esto al acuerdo entre las partes?
- ¿La integración del tribunal será por mutuo acuerdo entre las partes o por sorteo?
- ¿La elección del presidente del tribunal será por los propios miembros presupuestos o deberá ser un tercero de un país no parte quien fungirá como presidente (por ejemplo, como en la OMC lo hace su director general), o aquel que designen las partes?
- ¿Los miembros deben ser nacionales de ambas partes en disputa o deben ser todos nacionales de otras partes?

- ¿Debe incluir el tribunal un miembro de un país en desarrollo o de una pequeña economía cuando la parte demandada o demandante sea un país en desarrollo o pequeña economía?
- ¿Debe existir un lista permanente de posibles árbitros?
- ¿En caso de que exista una secretaría del ALCA, deberá proponer ésta candidatos a los miembros en disputa?
- ¿Cuántas veces se puede recusar a un candidato y bajo qué supuestos?
- ¿Cuáles son las cualidades que deben reunir los miembros del tribunal arbitral?
- ¿Pueden ser miembros del tribunal funcionarios de gobierno?
- ¿Qué sucede si renuncia o no puede ejercer su encargo un miembro del tribunal?

A modo de ejemplo sobre las diversas opciones que enfrentan los negociadores, se han presentado distintas “fórmulas” con respecto a estos temas, particularmente con respecto a la integración de tribunales arbitrales, y actualmente existen dentro de los tratados negociados los siguientes modelos:

- a) Grupo de expertos, conformado por tres miembros, con establecimiento de listas integradas por individuos designados directamente por cada parte y una segunda lista con miembros de terceros países acordados por ambas partes, quienes fungirían como presidentes del grupo. En caso de que una parte no designe al miembro que le corresponde o no se llegue a un acuerdo con la otra parte para designar al presidente del grupo, dichos miembros serán designados por sorteo de entre los nombres contenidos en la lista respectiva, sorteo que realizará el secretario general de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) a solicitud de cualquier parte, y en caso de que no exista lista de expertos de terceros países, el secretario general de la ALADI designará al presidente de entre las listas indicativas de la OMC. De común acuerdo las partes podrán designar a alguien que no figure en la lista.
- b) Panel arbitral, integrado por tres miembros, con designación libre de un miembro por cada parte, quien podrá ser nacional de cualquier parte, y el tercer miembro, el cual fungirá como presidente del panel, será acordado por las partes y quien no podrá ser nacional de ninguna de ellas. En caso de que una de las partes no haya designado al miem-

- bro del panel que le corresponde, el director general de la OMC, a petición de una de las partes, hará las designaciones necesarias.
- c) Panel, grupo arbitral o tribunal arbitral, integrado por cinco o tres miembros. Las partes, por acuerdo, designarán a los miembros del panel. En caso de que no logren llegar a un acuerdo, una de ellas, por sorteo, designará al presidente, quien no podrá ser nacional de la parte que lo designa. Cada parte seleccionará a dos o un miembro nacional de la otra parte. En caso de que una parte no designe a los panelistas que le corresponden, éstos serán seleccionados por sorteo de entre los miembros que contengan la(s) lista(s) de panelistas que previamente hayan acordado las partes (en el caso del tratado con triángulo del norte existen dos listas: una de nacionales y una de extranjeros, quienes podrán fungir como presidentes del tribunal arbitral. En caso de que sean varias las partes demandantes, una de ellas, electa de común acuerdo, designará a los árbitros).
 - d) Panel arbitral, compuesto por tres miembros. Cada parte designa a un miembro y propone tres candidatos para fungir como presidente del panel. Si una parte no designa a su árbitro o no logran un acuerdo sobre el presidente del Tribunal.

2. *Existencia de un órgano de apelación (modelo TLCAN o modelo OMC)*⁶

El TLCAN contempla un modelo de solución de controversias “uninstancial”. Es el mismo tribunal arbitral o panel el que decide la controversia. 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), mientras que el modelo de la OMC permite que el informe del grupo especial esté sujeto a apelación ante un grupo de individuos distintos a aquellos que conformaron el grupo especial (artículos 16.4 y 17 del ESD). Éstas son las dos diferencias principales entre los modelos predominantes que se discuten en el texto del borrador del ALCA. Sin entrar a la discusión sobre cuál

⁶ Véjar Borrego, Carlos, “Solución de controversias en las negociaciones del Área de Libre Comercio de las Américas”, varios autores, *El Área de Libre Comercio de las Américas*, México, UNAM, 2004, p. 228.

de estos modelos es el “mejor”, lo cierto es que ambos sistemas han permitido la solución de las diferencias. Sin embargo, establecer un órgano de apelación de la OMC, requiere de recursos permanentes y de una secretaría administrativa que dé apoyo a este grupo de individuos, y cuya viabilidad depende de factores externos.

3. Medidas en proyecto

El concepto de medidas en proyecto no es familiar para todos los países del ALCA, y por lo mismo será necesario que todos los miembros del ALCA compartan su definición y alcancen a fin de poder incluirlo dentro del Acuerdo. El TLCAN incluye el concepto de medidas en proyecto de la siguiente manera (artículo 2004):

Las disposiciones para la solución de controversias de este capítulo se aplicarán a la prevención o a la solución de todas las controversias entre las Partes relativas a la aplicación o a la interpretación de este Tratado, o en toda circunstancia en que una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte, es o podría ser incompatible con las obligaciones de este Tratado o pudiera causar anulación o menoscabo, según el sentido del Anexo 2004.

México ha incluido ese concepto del TLCAN en otros tratados celebrados con los siguientes países de América: Uruguay, Bolivia, Chile, Costa Rica, Nicaragua, Guatemala, Honduras, El Salvador, Colombia, Venezuela.

La primera pregunta es definir qué son las medidas en proyecto. Generalmente los tratados contienen una definición específica sobre lo que debe entenderse como medida.

El propio borrador de texto de solución de controversias del ALCA incluye una redacción propuesta para este término:

[Medida: cualquier ley, decreto, disposición administrativa [o práctica gubernamental], [vigente [o en proyecto], entre otros;] [cualquier decisión vigente adoptada por una Parte en materia legislativa, judicial, ejecutiva o administrativa del orden central o descentralizado geográficamente o por servicios, llámense leyes, reglas, procedimientos, requisitos, decisiones, decretos, resoluciones, acuerdos, dictámenes, sentencias o providencias y las mencionadas decisiones aun si no han entrado a regir por estar su vigen-

cia condicionada al cumplimiento de un plazo o cuando la misma se limite a otorgar facultades a una determinada entidad o funcionario.

Si bien puede quedar claro qué se deberá entender por “medida”, para algunos queda la duda sobre el complemento “en proyecto”. Por ejemplo, ¿debe entenderse por “medida en proyecto” cualquier iniciativa legislativa, y si debe permitirse que se solicite la integración de un tribunal arbitral para analizar dicha iniciativa, o únicamente debería permitirse la solicitud de consultas?

No obstante ésta y otras preocupaciones en cuanto a una eventual “lluvia” de reclamaciones por medidas que nunca llegarán a ser aplicadas, la experiencia nos muestra que los países no inician procedimientos de solución de controversias en contra de cualquier medida en proyecto sin tener un grado de certeza sobre su eventual adopción.

El concepto de medida en proyecto contenido en el marco del TLCAN favoreció a México, al poder iniciar un procedimiento de solución de controversias por la adopción de Estados Unidos de una medida en proyecto que eventualmente entraría en vigor.

Lo anterior nos lleva a reflexionar sobre la validez y conveniencia de incluir este concepto dentro del acuerdo del ALCA.

4. *Exclusión o elección de foros*⁷

Con la celebración del ALCA, los gobiernos contarán con un mecanismo de solución de controversias adicional al mecanismo de solución de diferencias de la OMC, y de los mecanismos contenidos en los tratados bilaterales o regionales que tengan celebrados con otros países del ALCA, para dirimir sus controversias (mecanismos convencionales).

Contar con un mecanismo adicional para solucionar controversias suscita diversas preocupaciones, principalmente ante el supuesto de que se pudiera someter una misma controversia en distintos foros al mismo tiempo, y las consecuencias que tendría el obtener decisiones encontradas sobre un mismo asunto, o la interpretación que le pudieran llegar a dar los tribunales arbitrales a las decisiones emitidas en otros foros (cosa juzgada). Es por ello que será necesario dejar en claro estas cuestiones, a fin de

⁷ *Ibidem*, p. 230.

evitar en la medida de lo posible incongruencias dentro del sistema internacional de solución de controversias.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Los sistemas para la solución de controversias comerciales han derivado en una vertiente estratégica para el funcionamiento de los tratados de libre comercio, pues la forma como se acuerden, determinan simetrías o asimetrías en los intercambios mercantiles.

Por ello, el Grupo negociador de este rubro, en la restablecida Área de Libre Comercio de las Américas, debe propugnar por resolver las controversias sobre interpretación y aplicación del o los tratados, por establecer un mecanismo de solución institucional, al estilo OMC, y evitar negociar soluciones convencionales bilaterales impuestas, como las derivadas tanto del Capítulo XX del TLCAN, como del Capítulo XXII del Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos. Es decir, lo institucional-multilateral debe privar sobre lo convencional-bilateral.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, Kym, "Peculiarities of retaliation in WTO Dispute Settlement", *World Trade Review*, 2002.
- BAGWELL, Kyle, MAVROIDIS, Petros C. y STAIGER, Robert W., *The Case for Tradable Remedies in WTO Dispute Settlement*, World Bank Policy, Research Working Paper 3314, 2004.
- BARTELS, Lorand, "Applicable law in WTO Dispute Settlement Proceedings", *Journal of World Trade* 35, 3, 2001.
- CHO, Sung-Joon, "GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are They the Achille's Heel of the Dispute Settlement Process?", *Harvard International Law Journal*, 39, 1998.
- DAVEY, William J., "Has the WTO Dispute Settlement System Exceeded Its Authority?", *Journal of International Economic Law*, 2001, 4.
- DAVIES, Arwel, "Mandatory and Discretionary Legislation in WTO Law: A Distinction Worth Preserving?", *Legal Issues of Economic Integration*, 31, 3: 185-218.
- GEUZE, Matthijs y WAGER, Hannu, "WTO Dispute settlement Practice Relating to the TRIPS Agreement", *Journal of International Economic Law*, 2, 1999.

- IWASAWA, Yuji, "WTO Dispute Settlement as Judicial Supervision", *Journal of International Economic Law*, 5, 2002.
- KESSIE, Edwini, "Enhancing Security and Predictability for Private Business Operators under the Dispute Settlement System of the WTO", *Journal World Trade* 34, 6.
- MARTHA, Rutsel Silvestre J., "World Trade Dispute Settlement and the Exhaustion of Local remedies Rule", *Journal of World Trade* 30, 4, 1996.
- MAVROIDIS, Petros C. y otros, "Is the WTO Dispute Settlement Mechanism Responsive to the Needs of the Traders? Would a System of Direct Action by Private Parties yield Better Results? 60. Geneva Global Arbitration Forum, 3 y 4 de diciembre de 1997, *Journal of World Trade* 32, 2, 1998.
- O'CONNOR, Bernard, "Remedies in the World Trade Organization Dispute Settlement System, The Bananas and Hormonas Cases", *Journal of World Trade* 38, 2.
- WITKER, Jorge, "Resolución de controversias comerciales en América del Norte". UNAM. México, 1997.
- , "El Área de Libre Comercio de las Américas", México, UNAM, 2004.